

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Samuel Antonio Merbach de Oliveira

A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações

DOUTORADO EM FILOSOFIA

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Samuel Antonio Merbach de Oliveira

A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações

DOUTORADO EM FILOSOFIA

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a Orientação da Prof. Doutor Antonio José Romera Valverde.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

DEDICAMOS

Ao Professor Antonio José Romera Valverde, a quem devemos, além dos ensinamentos e estímulos recebidos, também a inestimável orientação deste trabalho.

AGRADECEMOS

Aos Professores Doutores Carlos Arthur R. Nascimento, Dulce Mara Critelli, Edécio Gonçalves de Souza, Ivo Assad Ibri, Jeanne-Marie Gagnebin, Marcelo Perine, Maria Constana Peres Pisarra, Mario Ariel Gonzalez Porta, Peter Pal Pelbart, Rachel Gazolla de Andrade, Ricardo Nascimento Fabrini e Salma Tannus Muchail, pelos ensinamentos e estímulos recebidos.

À Profa. Dra. Constança Terezinha Marcondes César, sempre presente, pelas suas contribuições e apoio inestimável.

Ao Prof. Dr. Márcio Pugliesi, pelos inestimáveis conselhos e por toda a atenção dispensada.

Ao Prof. Dr. Márcio Fonseca, pelos inestimáveis ensinamentos recebidos.

Ao Prof. Dr. Paulo Roberto Pedrozo, pelos inestimáveis conselhos recebidos.

À Capes pelo apoio e incentivo à pesquisa

Aos funcionários da Secretaria, Biblioteca e do Apoio, do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, pela atenção e ajuda sempre solícitas.

RESUMO

A tese tem como objetivo responder reflexivamente à conjugação filosófica entre as fases e as gerações de direitos do homem. Por sua vez, os objetivos específicos são: estudar a evolução histórica dos direitos do homem desde a antiguidade até os tratados contemporâneos; mostrar que a escolha da pessoa humana como novo sujeito de direito internacional pode garantir a proteção da dignidade do ser humano; examinar o desenvolvimento e a efetivação dos direitos do homem na sociedade contemporânea à luz dos ensinamentos de Norberto Bobbio. O tema A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações é de grande relevância, pois, seguindo a tendência da filosofia contemporânea, o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão presentes nas Constituições dos Estados democráticos modernos, bem como no sistema internacional de direitos do homem, representando um meio para se almejar o ideal da coexistência pacífica entre as nações. Para Bobbio os problemas mais importantes do nosso tempo referem-se aos direitos do homem e à paz, no sentido de que da solução do problema da paz depende a nossa sobrevivência, e a solução do problema dos direitos do homem é o único sinal certo de progresso civil. Bobbio entende que a razão, o diálogo e a moderação são elementos específicos e válidos da cultura e da condição humana para minimizar o desrespeito e a violação dos direitos do homem na sociedade contemporânea, mesmo numa época histórica de grandes violências e não de menores injustiças. À filosofia de Bobbio os direitos do homem desenvolvem-se em quatro fases: a primeira fase - Direitos Natos Universais momento em que o direito natural não se encontrava positivado; a segunda fase - Direitos Positivos Particulares caracteriza-se pelo fato do Estado reconhece parte dos direitos naturais em Cartas Constitucionais (positivação particular); a terceira fase - Direitos Positivos Universais examina a ampliação do reconhecimento dos direitos naturais e sua conseqüente positivação que ocorre por meio dos Tratados Internacionais (positivação universal) e, a quarta fase denominada de Especificação - trata da passagem gradual para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. De modo complementar, as fases anteriormente elencadas têm-se cinco gerações oriundas do desenvolvimento histórico dos direitos do homem: 1ª Geração - Os Direitos Individuais: pressupõem as liberdades individuais e a igualdade formal perante a lei; 2ª Geração - Os Direitos Coletivos: estabelecem sobre os direitos sociais que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, em que se destaca o direito ao trabalho; 3ª Geração - os Direitos de Fraternidade ou de Solidariedade: tratam dos direitos coletivos e difusos, que basicamente compreendem o direito ambiental e do consumidor; 4ª Geração: Os Direitos de Manipulação Genética: relacionam-se à biotecnologia e à bioengenharia, refletem eticamente acerca de questões da vida e da morte. Embora a filosofia bobbiana não tenha colocado a paz como elemento da quinta geração, Bobbio deu especial atenção ao tema da paz. De fato, se Bobbio estivesse presente nos dias atuais, certamente teria reposicionado a paz da terceira para a quinta Geração dos Direitos do Homem, por considerá-la como pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado. Por fim, a conclusão trata dos principais argumentos salientados no curso da tese ante os óbices referentes aos direitos do homem. Nesta seara, tomou-se uma posição acerca dos diversos problemas e as soluções viáveis para debelá-los, imprimindo avaliações dos escopos almejados na tese.

Palavras-chave: Direitos do Homem, Direitos Naturais, Direitos Positivos, Cidadania e Paz.

ABSTRACT

The thesis has as objective to answer equally to the philosophical union between the phases and the generations of rights of the man. In turn, the specific objectives are: to study the historical evolution of the rights of the man since the antiquity until the contemporaries treats; to show that the choice of the person as a new citizen of international law can guarantee the protection of the dignity of the human being; to examine the development and to effect of the rights of the man in the contemporary society in agreement of the teachings of Norberto Bobbio. The Age of the Rights subject in Norberto Bobbio: Phases and Generations are of great relevance, therefore, following the trend of the contemporary philosophy, the recognition and the protection of the rights of the man are presented in the Constitutions of the modern democratic States, as well as in the international system of rights of the man, representing a way to long for the ideal of the pacific coexistence between the nations. For Bobbio the most important problems of our time are mentioned to the rights of the man and to the peace, in the way that the solution for the peace problem depends on our survival, and the solution of the rights of the man problem is the only certain signal of the civil progress. Bobbio understands this reason, the dialogue and the moderation are specific and valid elements of the culture and the human being condition to minimize the disrespect and the breaking of the rights of the man in the contemporary society, even in a historical time of great violence and not of lesser injustices. To the Bobbio's philosophy the Rights of the Man are developed in four phases: the first phase - Right Born Universal moment where the Natural Rights was not positive; the second phase - Particular Positive Rights are characterized for the fact of the State recognizes part of the Natural Rights in Constitution Letters (particular positive); the third phase - Universal Positive Rights examines the magnifying of the recognition of the Natural Rights and its positive consequent that occurs by means of Treat International (universal positive) and the fourth phase is called phase of Specification - deals with the gradual passage for a later determination of the titular citizens of rights. In a complementary way, the jointed previously phases have five deriving generations of the historical development of the rights of the man: 1ª Generation - the Individual Rights: that estimates the individual freedoms and the formal equality in front of the law; 2ª Generation - the Collective Rights: established on the social rights that have for objective to guarantee to the people material conditions as essential for the full joy of their rights, where detaches the right to the work; 3ª Generation - the Rights of Fraternity or Solidarity: deals with the collective and diffuse rights, that basically understand the environmental and the consumer rights; 4ª Generation: The Rights of Genetic Manipulation: that are related with the biotechnology and to bioengineering, reflecting ethical concerning questions of life and death. Although the Bobbio's philosophy has not placed the peace as element of fifth generation, Bobbio gave a special attention to the subject of the peace. In fact, if Bobbio was present in the current days, certainly would have replaced the peace of third for the fifth Generation of the Rights of the Man, for considering it as a necessary estimated for the recognition and the effective protection of the rights of the man in each State. Finally, the conclusion deals with the main arguments pointed out in the course of the thesis in front of the referring observations to the rights of the man. In this association, was overcome a position concerning the diverse problems and the viable solutions to subject them, printing evaluations of the points longed for in the thesis.

Key-words: Rights of the Man, Natural Rights, Positive Rights, Citizenship and Peace.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1	
ASPECTOS DOS DIREITOS HUMANOS	06
1.1 Problema da Nomenclatura dos Direitos Humanos	06
1.1.1 Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem e do Cidadão	07
1.1.2 Problema da Definição dos Direitos do Homem Para Bobbio	12
1.2 Problema da Fundamentação dos Direitos do Homem	14
1.2.1 Debate Direitos Naturais e Direitos Positivos	15
1.2.2 Óbices Para o Fundamento Absoluto dos Direitos do Homem	30
CAPÍTULO 2	
FASE QUE ANTECEDE (ERA DOS DEVERES) E PRIMEIRA FASE DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS NATOS UNIVERSAIS (ERA DOS DIREITOS)	34
2.1 As Fases dos Direitos Humanos e suas Respectivas Gerações	34
2.2 Fase que Antecede ao Surgimento dos Direitos do Homem (ERA DOS DEVERES).....	40
2.2.1 Direito Antigo	42
2.2.2 O Direito Natural na Filosofia Medieval	48
2.3 A Primeira Fase: Direitos Natos Universais (Era dos Direitos)	53
2.3.1 Principais Filósofos da Primeira Fase: Direitos Natos Universais	55
2.3.1.1 Hugo Grotius	55
2.3.1.2 Samuel Pufendorf	58
2.3.1.3 Thomas Hobbes	61

2.3.1.4 John Locke	64
2.3.1.5 Rousseau	67
2.4 Primeira Geração de Direitos do Homem: Os Direitos Individuais	69
2.5 O Fundamento Jusnaturalístico da Declaração dos Direitos Do Homem e do Cidadão	75
2.6 A Influência das Idéias Iluministas no Brasil: A Inconfidência Mineira (1789)..	85

CAPÍTULO 3

A SEGUNDA FASE DOS DIREITOS DO HOMEM: DIREITOS POSITIVOS PARTICULARES - CONSTITUCIONALISMO

88

3.1 O Constitucionalismo	88
3.1.1 Declaração da Virgínia de 1776	90
3.1.2 Declaração de Independência e Carta de Direitos do Povo Norte-Americano	93
3.1.3 A Constituição Brasileira de 1824	97
3.2 A Revolução Francesa e os Direitos do Homem: O Início da Era dos Direitos... ..	98
3.3 A Crítica Marxista a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	103
3.4 A Questão da Cidadania	106
3.5 Direitos Sociais - A Segunda Geração de Direitos do Homem	110
3.6 A Doutrina Social da Igreja e os Direitos do Homem	118

CAPÍTULO 4

ELEVAÇÃO DO HOMEM A SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL, RECONSTRUÇÃO E INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM: A TERCEIRA FASE - DIREITOS POSITIVOS UNIVERSAIS

121

4.1 Precedentes Históricos Para a Elevação do Homem como Sujeito de Direito Internacional	121
4.1.1 Direito Internacional Humanitário	123
4.1.2 Liga das Nações	125
4.1.3 Organização Internacional do Trabalho - OIT	129

4.2 O Retrocesso dos Direitos do Homem	130
4.3 A Primeira Guerra Mundial	131
4.4 A Segunda Guerra Mundial	132
4.5 O Totalitarismo	133
4.5.1 Perdas Humanas: Holocausto, Apátridas, Refugiados e Guerras	138
4.6 O Ressurgimento do Direito Natural no Pensamento Contemporâneo	147
4.7 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Internacionalização dos Direitos do Homem	152
4.8 Terceira Geração de Direitos do Homem: Direito de Fraternidade ou de Solidariedade	156
4.8.1 Direito ao Meio Ambiente Equilibrado e o Protocolo de Quioto	158
4.8.2 Meio-Ambiente e a Questão Nuclear	161
4.8.3 Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares	163
4.8.4 Patrimônio Comum da Humanidade	164
4.9 Quarta Geração de Direitos do Homem	166
4.10 Direito de Resistência	177
4.11 Proteção dos Direitos do Homem	185
 CAPÍTULO 5	
A FASE DA ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E A TRASLADAÇÃO DA PAZ DA TERCEIRA PARA A QUINTA GERAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM	193
5.1 A Multiplicação e a Conseqüente Especificação dos Direitos do Homem	193
5.2 A Tolerância como Elemento para a Paz.....	197
5.3 A Influência de Kant na Teoria da Paz Bobbiana	203
5.4 O Direito à Paz, Direito da Quinta Geração: Sua Trasladação da Terceira para a Quinta Geração de Direitos do Homem.....	217
 CONCLUSÃO	 221
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	227

INTRODUÇÃO

Vestígios dos direitos do homem são reconhecíveis na história da filosofia do direito natural antigo, os quais por serem tidos como inerentes à natureza do homem, são denominados de direitos naturais; e, são considerados universais por pertencerem ao homem, independentemente de sua positivação, como por exemplo, direito à vida, à liberdade, à propriedade.

Diante do desenvolvimento histórico da filosofia, Bobbio (1992, p. 2) explica que os direitos do homem “nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade”, pois é com a origem do Estado de direito, conforme acrescenta Bobbio (1992, p. 61) que: “ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos”. Com o aparecimento dos direitos do homem como direitos naturais nos séculos XVII e XVIII, tem-se início a Era dos Direitos.

Os direitos do homem, posteriormente, foram positivados, escritos em códigos, porém com características peculiares de cada Estado que os reconhece firmados nas suas respectivas Constituições; e, finalmente, legislados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tornam-se direitos positivos universais.

Bobbio (1992, p. 30), fundamentando-se nas categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo, classifica as fases onde se termina com a positivação dos direitos do homem que: “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

A interpretação da obra **A Era dos Direitos** levou a destacar as fases e as gerações de direitos do homem. O processo de conversão dos direitos do homem de naturais em positivos é o que se denomina de Fase. Os direitos do homem se classificam em quatro fases: a primeira

Fase - Direitos Natos Universais é quando o direito natural não estava positivado; a segunda Fase - Direitos Positivos Particulares (Constitucionalismo) é o processo de positivação ou o momento em que o Estado reconhece parte dos direitos naturais (positivação particular); a terceira Fase Direitos Positivos Universais (Direito Internacional dos Direitos do Homem) é a ampliação do reconhecimento dos direitos naturais ou a positivação por meio dos Tratados Internacionais de Direitos do Homem (positivação universal). Nos últimos anos manifestou-se uma nova tendência denominada por Bobbio de Fase de Especificação que ocorre de três maneiras, a primeira se refere ao gênero, a segunda às várias fases da vida, e a terceira à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana.

Assim, Bobbio (1992, p. 69) explica que: “a mulher é diferente do homem; a criança do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc”. No que se refere ao gênero, encontram-se as diferenças cada vez mais específicas entre homem e mulher. No tocante às várias fases da vida, paulatinamente, foram-se distinguindo os direitos da infância, do homem adulto e da velhice, e, no tocante aos estados normais e excepcionais, encontra-se a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc.

De modo complementar, as fases anteriormente elencadas, encontram-se as gerações que tratam do desenvolvimento histórico dos direitos do homem, que no entendimento de Bobbio ocorreu através de quatro gerações: 1ª Geração – Os Direitos Individuais: pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; 2ª Geração – Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto como inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta; 3ª Geração - os Direitos de Fraternidade ou os Direitos de Solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente

compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica; 4ª Geração: Os Direitos de Manipulação Genética: relacionam-se à biotecnologia e à bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia. Embora a filosofia bobbiana não tenha chegado a estudar a quinta geração e, por conseguinte, não colocado a paz como elemento da quinta geração, destaca-se na obra de Bobbio a questão da paz como uma contribuição para o mundo contemporâneo em conflito. De fato, se Bobbio estivesse presente nos dias atuais, certamente teria deslocado a paz da terceira para a quinta Geração dos Direitos do Homem, por ser a paz, o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado. Para Bobbio (2000-b, p. 497) os problemas mais importantes do nosso tempo referem-se aos direitos do homem e a paz: “Fundamentais no sentido de que da solução do problema da paz depende a nossa própria sobrevivência, e a solução do problema dos direitos do homem é o único sinal certo de progresso civil”. Na tese também se refletiu sobre essa questão. Assim, delimitou-se o tema da tese em A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações. A contribuição da tese é mostrar como se conectam, na obra de Bobbio, as fases e gerações de direitos do homem, e como, se expressa a ampliação destas noções, com vistas a serem aplicadas à situação contemporânea.

O presente trabalho tem como objetivo geral responder reflexões acerca da conjugação filosófica entre as fases e as gerações de direitos do homem. Os objetivos específicos são: Estudar a evolução histórica dos direitos do homem desde a antiguidade até os tratados contemporâneos; mostrar que a escolha da pessoa humana como novo sujeito de direito internacional pode garantir a proteção da dignidade do ser humano; examinar o desenvolvimento e a efetivação dos direitos do homem na sociedade contemporânea à luz dos ensinamentos de Norberto Bobbio.

Assim, indaga-se, de que maneira ocorre a conjugação entre as fases e as gerações de direitos do homem na filosofia de Bobbio?

A conjugação entre fases e gerações ocorre da seguinte maneira. Enquanto as fases se referem ao procedimento de conversão dos direitos do homem de naturais em positivos (direitos natos universais, direitos positivos particulares, direitos positivos universais, direitos positivos específicos); as gerações explicam o desenvolvimento histórico dos direitos do homem, conforme observa Santagati (2006, p. 64): “(..) é dizer em qual ordem que foram conceitualizando-se juridicamente na ordem interna e internacional, isso por razões metodológicas. Esta classificação metodológica não implica um desconhecimento da prioridade de existência, sua primazia ou substituição de uns frente aos outros”. Na filosofia de Bobbio, não há como estudar os direitos do homem senão a partir de uma retrospectiva histórica, para se entender o presente e, refletir sobre as tendências filosóficas futuras.

O trabalho foi elaborado mediante pesquisa bibliográfica, em que foram estudadas as obras de Bobbio e de outros autores, bem como as Cartas Constitucionais de Direitos do Homem relativos ao tema.

A tese foi dividida em cinco capítulos. O primeiro capítulo estuda os aspectos gerais: o conceito, os problemas da definição e da fundamentação filosófica dos Direitos do Homem. O segundo capítulo analisa a fase que antecede e a primeira fase dos Direitos do Homem: Direitos Natos Universais. O terceiro capítulo examina acerca da segunda fase dos Direitos do Homem: Direitos Positivos Particulares - O Constitucionalismo. O quarto capítulo aborda sobre a reconstrução e a internacionalização dos direitos do homem que é a terceira fase: Direitos Positivos Universais. O quinto capítulo examina a quarta fase denominada de Especificação dos Direitos do Homem, trata, ainda, da trasladação da paz da terceira para a quinta geração dos direitos do homem.

A conclusão trata dos principais argumentos salientados no curso da tese ante as reflexões sobre conjugação entre as fases e as gerações dos direitos do homem. Nesta seara, tomou-se uma posição sobre os diversos assuntos, imprimindo avaliações dos escopos almejados na tese.

O tema é de relevância, pois, seguindo a tendência da filosofia contemporânea, a teoria bobbianiana das fases e das gerações está presente na história, no reconhecimento e na proteção dos direitos do homem, representando um meio para se almejar o ideal da coexistência pacífica entre as nações.

Por fim, tendo estudado a filosofia de Bobbio durante o Mestrado, no Doutorado dá-se prosseguimento a esta reflexão, aprofundando-se a pesquisa.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS DOS DIREITOS DO HOMEM

1.1 PROBLEMA DA NOMENCLATURA DOS DIREITOS DO HOMEM

À filosofia dos direitos do homem encontram-se diversas nomenclaturas de como estes são designados pelas diversas escolas filosóficas, o que pode dificultar o entendimento sobre os referidos direitos. Para se compreender os direitos do homem é necessário, *a priori*, examinar a terminologia relacionada para depois se buscar uma definição.

Dessa maneira, tem-se a seguinte pergunta: Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais e direitos do homem e do cidadão, serem usadas indiferentemente? Ataíde Júnior (2006, p. 47) explica que “A resposta a essa indagação parece estar relacionada com a origem do filósofo e o *locus* em que ele atua; isto é, depende da autoria da obra e de sua origem”. Assim, acrescenta Bonavides (2008, p. 560) que ocorre: “o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar com a preferência dos publicistas alemães”.

Por fim, cada vocábulo usado no que se refere aos direitos do homem objetiva destacar um aspecto ou dado importante relacionado aos referidos direitos. Assim, essas denominações possuem algo em comum, entretanto, em sentido contrário, podem trazer uma imprecisão terminológica.

1.1.1 DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Em relação aos vocábulos Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem e do Cidadão; a expressão Direitos do Homem, é considerada mais antiga e veio em substituição aos direitos naturais. É oriunda da obra **Os Direitos do Homem** (*The Rights of Man*) de autoria de Thomas Paine, publicado pela primeira vez em 1791. Nesta obra, há um entendimento que considera: “os direitos humanos como a conjunção dos direitos naturais, que correspondem ao Homem pelo mero fato de existir, e dos direitos civis, vale dizer, aquele conjunto de direitos que correspondem ao Homem pelo fato de ser membro da sociedade” (TAVARES, 2008, p. 447 e PAINE, 2005).

Nas Cartas Internacionais é facilmente constatável a preferência pelo uso das expressões “direitos do homem” “ou “direitos humanos”. Dentre os textos que consagram a denominação, “direitos do homem”, observamos a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, que faz menção a expressão “Direitos do Homem”. Já no século XVIII, o vocábulo se faz presente nas principais Declarações, que são fruto da escola jusnaturalista. Entretanto, em 1776, se origina a positivação dos Direitos do Homem com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, influenciada por Samuel Pufendorf. Em seu parágrafo 1º pode-se ler que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes (*inherent rights*), dos quais, quando entram em sociedade (*into a state of society*), não podem, por nenhum modo, privar-se ou despojar-se para o futuro.

No mesmo sentido, em 26 de agosto de 1789, foi aprovado o projeto de Lafayette pela Assembléia Constituinte da Revolução Francesa, proclamando-se a

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 2º proclamava que meta de toda associação de cunho político residia na conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Essa Declaração, aliada a obra **Os Direitos do Homem** (1791), de Thomas Paine, contribuiu para difundir no plano normativo e doutrinário a expressão “direitos do homem”. Alguns anos antes da publicação da obra de Paine, o escocês Thomas Spence escreveu a obra denominada *The Real Rights of Man* (1775). Na Itália, o abade siciliano N. Spedalieri publicou a obra intitulada *Dei Diritti dell’ Uomo* (1791) (LUÑO, 2005, p. 43).

Em tempos mais recentes, também continuam a serem firmados os mesmos princípios. Um exemplo é o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, que estabelece que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”.

Entretanto, a expressão direitos do homem, também é encontrada desde os primórdios da Revolução Francesa que, em 1792, proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Observa-se que em complemento ao termo Direitos do Homem tem-se vocábulo do cidadão. Essa terminologia recebe as mesmas críticas referentes à expressão direitos do homem, por ter um sentido mais político que jurídico, reflete o momento histórico revolucionário que visava valorizar o homem comum, como cidadão, diante do poder do Estado, no caso do Estado aristocrático francês (OLIVEIRA, 2000, p. 50).

É importante notar que durante a Revolução Francesa se procurava evidenciar o termo cidadão, conforme Annoni (2008, p. 23) observa: “o reconhecimento dos direitos individuais do ser humano. Nesse momento histórico, o ser humano, enquanto indivíduo, buscava ser reconhecido como sujeito de direitos a partir de sua individualidade”.

Direitos do Homem, segundo Oliveira (2000, p. 48) sofre três críticas, a saber: a primeira, a expressão direitos do homem é redundante visto que, na realidade, todos os direitos são inerentes ao homem, pois apenas ele, geralmente, pode ser sujeito de direitos; segunda, o vocábulo direitos do homem acentua a natureza individualista; e o terceiro, esse termo insinua e ressalta certa forma de exclusão e discriminação da mulher.

Em relação às críticas, Oliveira (2000), explica que primeiro, no tocante ao fato de ser redundante, é óbvio que o homem, o ser humano, é sempre o destinatário de todo o direito, mesmo que indiretamente, seja nas relações comerciais ou entre Estados, no caso dos tratados internacionais, é sempre o ser humano o destinatário final de todo o arcabouço jurídico; segundo, no que se refere ao individualismo que esse termo expressaria, seria decorrente do momento histórico em que surgiu esse vocábulo: a Revolução Francesa e a luta do indivíduo contra os abusos do Estado Absolutista, que ensejaria certo caráter individualista que, contudo, não faz mais sentido diante do aparecimento dos direitos sociais que influenciaram os séculos XX e XXI; terceiro, na objeção relativa à discriminação da mulher quando da utilização da expressão direitos do homem; tal objeção não faz sentido porque entender direitos do homem como se fossem direitos únicos e exclusivos do gênero masculino é errôneo, já que conforme explica Oliveira (2000, p. 49) o “vocábulo homem, desde suas origens, designa, também, toda a espécie humana, toda a humanidade”.

O conceito direitos humanos é utilizado para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional. Silva (2001, p. 180) explica que: “Direitos Humanos é expressão preferida nos documentos internacionais”.

Diferentemente da posição de outros filósofos, Sarlet (2009, p. 30) entende que há diferença entre os termos direitos do homem e direitos humanos:

Assim, como base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direito do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (...) A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.

Silva (2001, p. 180), explica que:

Direitos humanos, é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção aos animais.

O termo direitos humanos é mais usado pelos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, é oriundo da tradução da forma inglesa *human rights*, expressa na Carta das Nações Unidas e, que posteriormente, veio a ter a mesma objeção condizente à expressão direitos do homem, pois conforme explica Oliveira (2000, p. 51): “todos os direitos são humanos, porque se dirigem ao ser humano, mediata ou imediatamente”.

Diante da evolução doutrinária e conceitual Oliveira (2009, p. 13) explica que:

os direitos protetivos dos seres humanos inicialmente eram denominados “direitos do homem”. Posteriormente, por serem inseridos nas Constituições dos Estados, passaram a ser conhecidos por “direitos fundamentais”. Por fim, quando foram previstos e, tratados internacionais, receberam a designação de “direitos humanos”.

Assim, a principal diferença entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais é que os direitos humanos são positivados e garantidos nas declarações e convenções internacionais entre os diversos Estados, sobretudo as que foram elaboradas no decorrer do século XX; enquanto os direitos fundamentais são positivados e garantidos no direito constitucional de um Estado específico.

A expressão direitos fundamentais apareceu na França no ano de 1770 no marco do movimento político e cultura que conduziu a Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, de 1789. Entretanto, foi na Alemanha que o termo se desenvolveu adquirindo uma conotação mais específica, no sentido de os direitos fundamentais:

designarem direitos básicos do ser humano, quer como indivíduo, quer como pertencente a uma comunidade, que devem necessariamente ser respeitados e garantidos pelo Estado; aqueles direitos que o Estado deve assegurar ao ser humano, bem como, os mecanismos de proteção e garantia que o indivíduo pode utilizar para fazer valer esses direitos fundamentais perante o Estado (ATAÍDE JÚNIOR, 2006, p. 54).

Bobbio (1992, p. 20), entende os direitos fundamentais como os:

que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção.

Bobbio (1992, p. 20) esclarece que “o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar”. Nesses casos a escolha é fácil, entretanto, em muitos outros casos a escolha ter um grau maior de dificuldade e poderá se exigir sua justificativa. No que se refere a dificuldade de escolha, Bobbio (1992, p. 21) explica que a sua resolução se faz mediante a colocação de “limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro”.

Luño pressupõe a seguinte distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais:

Os termos direitos humanos e direitos fundamentais são utilizados, muitas vezes, como sinônimos. Sem dúvida, não tem faltado tentativas doutrinárias encaminhadas a explicar o respectivo alcance de ambas expressões. Assim, se tem feito esforço na pretensão doutrinária e normativa para reservar ao termo direitos fundamentais para designar os direitos positivados a nível interno, enquanto que a fórmula direitos humanos seria mais usual para denominar os direitos naturais positivados nestas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançou um estatuto jurídico positivo (2007, p. 44).

Por sua vez, Bobbio (1992, p. 31) realiza uma distinção entre direitos do homem unicamente naturais (que equivalem aos direitos humanos) e direitos do homem positivados (que equivalem aos direitos fundamentais), ao observar que “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência”.

Assim, Bobbio (1992, p. 31) explica que “conversão universal em direito positivo dos direitos do homem”, realçando a diferença entre os direitos do homem inerentes a todo ser humano e direitos do homem efetivamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico-positivo de um determinado Estado.

Por fim, Bobbio não faz distinção entre Direitos do Homem e Direitos Humanos. É importante observar que: “Bobbio prefere utilizar a expressão direitos do homem a direitos fundamentais, que é empregado quando se refere ao processo de especificação dos direitos do homem, fundados geralmente em regras constitucionais” (RAMÍREZ, 2006, p. 200). Dessa forma, no presente trabalho em consonância com a teoria de Bobbio, privilegiou-se o uso do termo direitos do homem.

1.1.2 PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM PARA BOBBIO

As diversas tentativas de se definir a expressão direitos do homem têm sido feitas de modo insatisfatório, sobretudo, quando se busca um fundamento absoluto e único, conforme entende Bobbio (1992, p. 19): “Além de mal definível e variável, a classe de direitos do homem é também heterogênea”.

Assim, a definição da expressão “direitos do homem” tem sido realizada de maneira tautológica, formal ou teleológica, sendo a maioria delas, no entendimento de Bobbio (1992, p. 17), de caráter tautológico: “Direitos do homem são os que cabem ao

homem enquanto homem”. E acrescenta Bobbio (1992, p. 17) estabelecem “algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: Direitos do homem são aqueles que pertencem ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.

Assim, para Bobbio (1992, p. 17) “quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir em termos avaliativos: Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o desenvolvimento da civilização, etc., etc” (BOBBIO, 1992, p. 17). Nesta última definição, tem-se uma nova dificuldade, uma vez que com base no aperfeiçoamento da pessoa humana ou no desenvolvimento da civilização, o termo direitos do homem, pode ser interpretado ideologicamente, estabelecendo, por conseguinte o dissenso que torna impossível a solução do problema da definição absoluta dos direitos do homem.

Para Bobbio (1992, p. 18) o acordo, em regra, é obtido quando os litigantes após concessões recíprocas:

consentem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta, mas não resolve a contradição: essa fórmula genérica conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparece nas duas definições precedentes. Mas as contradições quem são assim afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação.

A definição de direitos do homem de Luño, que se baseia na definição de Bobbio, explica que se têm três tipos de definições para os direitos do homem, são elas: primeira, a definição tautológica, é aquela que se repete, i.e., direitos do homem são os que correspondem ao homem pelo fato de ser homem; a segunda, a definição formal, que não esboça o conteúdo dos referidos direitos, i.e., direitos do homem são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens e ninguém pode deles ser privado; finalmente, a definição teleológica, que procura buscar uma finalidade na definição de direitos humanos, i.e., “os direitos do homem são aqueles imprescindíveis para o

aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social e para o desenvolvimento da civilização” (LUÑO, 2005, p. 27).

Annoni (2008, p. 14) cita que para Bobbio:

os direitos humanos só poderiam ser definidos uma vez contextualizados histórica e culturalmente (...). Ou seja, considerando-se o período histórico e o nível de desenvolvimento cultural e, conseqüentemente, jurídico, de determinado povo, a definição para direitos humanos poderia resultar em abismais diferenças de abrangência, importância e regulação.

Desse modo, Bobbio não apresenta uma definição precisa sobre os direitos do homem.

1.2 PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

De fato, na filosofia se busca a fundamentação dos direitos do homem, isto é, sua justificação a fim de torná-los necessários e os reforçar. Annoni (2008, p. 39) observa que: “A indagação sobre a fundamentação dos direitos humanos se refere ao problema de se buscar uma justificativa racional a esses direitos, ou seja, delimitar materialmente seu conteúdo”. Dessa maneira, têm-se várias concepções justificadoras dos direitos do homem. Cunha Júnior (2009, p. 594) explica que: “segundo os jusnaturalistas, os direitos do Homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Para os positivistas, os direitos do Homem são franquias previstas e concebidas por lei”.

O debate sobre o fundamento do Direito sempre esteve presente na história da filosofia. Nessa reflexão têm-se as seguintes perguntas: o direito é convencionado pelos homens ou o direito é oriundo dos elementos dados pela natureza? Para o direito, são válidas

somente as normas convencionadas pelo homem, ou, apenas as normas abstratas, deduzidas da natureza?

1.2.1 Debate Direitos Naturais e Direitos Positivos

No histórico debate sobre direitos naturais e direitos positivos, os gregos fizeram a distinção entre *Physis* e *Nomos*, no sentido de entender, ao que estava representado na natureza e ao que os homens estabelecem por convenção. Essa distinção começa com os sofistas afetando o conceito tradicional de justiça que na sua concepção na surge na natureza, mas sim, da convenção humana fundada em interesses. Rivas (2000, p. 96) explica que para Trasímaco, por exemplo, “a justiça está a serviço dos fortes, sem importar o sistema de governo existente na *pólis*”. Em sentido contrário aos sofistas, Platão entende que “a justiça é a virtude por excelência da alma humana e da *pólis*”.

A partir dessa distinção, Aristóteles na obra **Ética a Nicômaco** (2007, p. 163-164) diferencia o justo natural do justo legal. Justo natural é o justo segundo a natureza e justo legal é o justo segundo as leis estabelecidas pelo legislador humano, de onde se entende que há coisas que são justas pela natureza e outras coisas que o são por disposição dos homens:

A justiça política é em parte natural e em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente. Por exemplo: que o resgate de um prisioneiro seja no valor de uma mina, que um sacrifício consista em um bode e não duas ovelhas. (...). As regras de justiça baseadas na convenção e na conveniência são como medidas padrões. As medidas de trigo e vinho não são iguais em todos os lugares, mas são maiores no atacado e menores no varejo. De modo análogo, as regras da justiça que não são ordenadas pela natureza, mas pelo ser humano, não são as mesmas em todos os lugares, visto que as formas de governo não são as mesmas, ainda que em todos os lugares haja apenas uma forma de governo que é natural, a saber, a melhor forma.

Na Grécia antiga, dentre outros grandes filósofos, merecem destaque Sócrates e Antígona que foram sacrificados por ordem da justiça oficial.

Diante da acusação de reconhecer os deuses do Estado, introduzir novas divindades e corromper a juventude, Sócrates é condenado à morte. Embora os discípulos tivessem pedido a Sócrates que fugisse, este recusa, pois jamais trairia sua consciência, preferindo morrer a declarar-se culpado e por respeitar a lei não quis fugir da prisão (PLATÃO, 2004, p. 12-13).

Na peça **Antígona de Sófocles** (2006, p. 49), há um diálogo que evidencia o sentimento que inspira os direitos do homem. Neste diálogo, Creonte, o soberano indagou Antígona se a mesma tinha conhecimento da proibição legal de se dar sepultura religiosa a seu irmão, morto em revolta contra o soberano. Ao que Antígona respondeu:

Antígona
É claro que sim. Por acaso era secreto?
Creonte
E tiveste a ousadia de infringir a lei?
Antígona
Tive, pois não foi o meu Zeus que a proclamou.
E nem a Justiça dos deuses lá debaixo,
que fixaram aos homens as perenes leis.
Não pensei que teus decretos fossem tão fortes.
A ponto que um mortal pudesse transgredir.
As inescritas e indelévels leis divinas.
Elas não são de hoje, nem de ontem, são eternas.
E ninguém nunca soube de onde elas vieram.
Crês que, por temer um homem, eu as violaria,
sob a pena de expor-me à cólera divina?

Nesse diálogo, Antígona em nada atenua o fato de ter desobedecido ao edito. Em sentido contrário, critica a decisão de Creonte, devido ao fato deste querer competir com os deuses, publicando uma lei que divergia com as normas divinas. Trata-se da questão da obediência às leis não escritas que exigem o sepultamento dos mortos. Antígona defende a sacralidade do enterro.

Aristóteles na obra **Retórica** (2004, p. 68) cita Antígona como exemplo de justiça natural. Observa-se que Aristóteles não faz menção ao caráter divino das leis naturais. A oposição não se faz mais entre leis escritas e não escritas, mas sim entre leis particulares e leis comuns. Conforme Aristóteles (2004, p. 68), o que Antígona está reivindicando para Polinices é, a rigor, o cumprimento de uma lei comum a todos os povos: o direito ao sepultamento.

Digo que, de um lado, há a lei particular e, de outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é comum à natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora da toda comunidade e convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polinices: era esse o seu direito natural: “Elas não são de hoje, nem de ontem, são eternas. E ninguém nunca soube de onde elas vieram”.

Assim, tem-se um exemplo de indignação que surge sempre que os direitos do homem são violados, sempre que no ordenamento jurídico encontra-se fora de sintonia com o valor de justiça presente na sociedade, há uma revolta contra leis positivadas, pois para a escola do direito natural, os direitos existem independentemente de seu reconhecimento estatal.

Comparando o processo de morte de Sócrates e Antígona, Rivas (2000, p. 95-96) reflete que:

No caso histórico de Sócrates predomina o interesse legal frente ao indivíduo. No caso literário de Antígona, a supremacia está junto à consciência moral que se nutre em “leis não escritas” superiores a normatividade injusta. Em termos atuais, para o filósofo, o supremo é a “segurança jurídica do Estado”; para Antígona, a desobediência civil supera a injustiça legal.

A mesma dicotomia aparece no direito romano clássico sob a nomenclatura de *jus gentium* e *jus civile* que correspondem ao direito natural e ao direito positivo, enquanto o primeiro evidencia a natureza (*naturalis ratio*) e o segundo as normas do povo, agregando que são os critérios para distinguir ambos: o segundo pertence a um determinado povo ou sociedade sendo estabelecido por uma entidade criada pelos homens ao passo que o primeiro é originário da razão natural.

Desde a era antiga até os dias atuais, os filósofos defensores da corrente do “direito positivo” entendem que somente o direito expresso na forma de normas práticas, ou seja, um direito codificado teria possibilidade de criar obrigações, condição necessária para o reconhecimento da existência do direito. Os “positivistas” consideram que “somente os direitos humanos que entram no mundo normativo podem ser aceitos de forma geral”

(DUARTE, 1998, p. 9), uma vez que somente podem ser exigidos quando previstos nos Códigos e nas leis.

Em sentido contrário, para corrente do direito natural, o direito tem como fonte a natureza, respeitando o ser humano em todas as suas dimensões, preservando seu direito à vida, a liberdade e a igualdade. Para Duarte, os jusnaturalistas, não aceitam a vinculação estrita que estabelece a existência do direito somente quando há sua expressão através de normas práticas de conduta. Para esta corrente, “os direitos humanos são oriundos da própria natureza do ser humano, pertencem ao homem como tal, não dependem da sociedade política ou do Estado para existir, são inerentes ao ser humano em razão de sua dignidade, sua racionalidade e sua liberdade” (DUARTE, 1998, p. 9).

Na Idade Clássica, quando o direito natural era identificado na contraposição entre a natureza e o mundo da práxis humana emerge o significado do termo natureza que:

(...) serve originariamente, para abranger, em uma mesma categoria, todas as coisas que não são produzidas pelo homem; toda à parte do mundo que, aos olhos de quem observa e procura a realidade do universo, não depende do fazer humano; todos os seres e eventos que, tendo “em si mesmos o princípio do movimento”, nascem, desenvolvem-se e morrem de acordo com as leis que o homem não formulou nem pode alterar (BOBBIO, 1997, p. 28).

Bobbio observa que a percepção desta diferença é um dos princípios da especulação, uma vez que o homem primitivo por estar inserido no mundo natural circundante não percebe que há coisas que não dependem dele, pois não tem poder diante delas, e, outras coisas que dele dependem, pois existem porque foram produzidas pelos seus antecessores; e, por conseguinte, podem ser desfeitas. Assim, o homem ao começa a tomar consciência de sua posição no mundo, descobre que todos os seres e todos os eventos podem ser divididos em duas grandes categorias:

A primeira, englobando tudo o que existia antes do homem e que continuará a existir sem o homem – como o Sol, as estrelas, a Terra, as plantas, os rios;
A segunda diz respeito às coisas que só existem porque foram produzidas pelo homem: as casas, as armas, os utensílios, as roupas” (BOBBIO, 1997, p. 28).

Dos conceitos de direito e de natureza entende-se que o direito natural é um conjunto normativo que para existir nunca dependeram da intervenção dos homens e, ainda, ajudam a reger a vida em sociedade. Em contraposição o direito positivo é um grupo de normas produto da práxis humana.

Na Idade Média, o direito natural, por ser oriundo das Sagradas Escrituras, identificava-se com o divino. Esta concepção, cuja origem é o cristianismo, iniciada na patrística, com Santo Ambrósio, São Jerônimo e Santo Agostinho sendo consolidada na escolástica, de São Tomás de Aquino. Deste entendimento do direito natural inspirado no cristianismo derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo, pois o direito para existir não depende de estar codificado (BOBBIO, 1995, p. 25-26).

Carmelo Castiglioni e Fabrizio Castiglioni (2008, p. 497) explicam que os padres da Igreja Católica foram influenciados pelo estoicismo, sobretudo, no que se refere à existência de um direito natural absoluto e um relativo:

O direito natural absoluto é aquele estabelecido por Deus e que imperava no princípio da existência humana, antes do pecado original, o qual fez surgir o direito natural relativo (direito positivo), que eventualmente era um sistema cujos princípios foram adaptados pela humanidade, pensavam, que foi modificada pelo pecado original, que conduziu a concepção de distintas instituições da humanidade, como o trabalho, escravidão, matrimônio, etc. Estas regulamentações, entenderam, que deviam estar em conformidade com o disposto pelo direito natural absoluto e relativo, sendo a igreja o sujeito designado para concretizar este fato.

Para destacar-se a concepção cristã da lei natural, Bobbio (1995, p. 26) observa o *Decretum Gratiani*, em que: “Direito Natural é o que está contido na lei e no Evangelho”, entende-se por *Lex* o Antigo Testamento e por Evangelho o Novo. Desse modo, a lei natural é identificada com o Dez Mandamentos e com os preceitos de vida pregados por Cristo.

A natureza na Idade Média, explica Bobbio (1997, p. 31):

era considerada o produto da inteligência e da potência criadora de Deus; nesse sentido, ela está ainda bastante adequada à função de categoria abrangente, reunindo tudo que não depende do homem. E o direito natural, torna-se, então, ora a lei inscrita por Deus no coração dos homens – por Deus, não pelo príncipe ou pelos juízes ou pela assembléia popular – ora a lei

revelada pelos textos sagrados, que transmitem a palavra divina, ora, ainda, a lei comunicada aos homens por Deus, por meio da razão.

A lei natural, na filosofia tomista, é considerada como aquilo que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional, como participação da criatura racional na lei eterna. É um reflexo parcial da razão divina, que permite aos homens, conhecer princípios da lei eterna. O preceito básico do Direito Natural é o que manda observar o bem e evitar a prática do mal. Estariam de acordo com a lei natural: a) conservação da vida; b) a união dos sexos para a formação da prole; c) a busca da verdade; d) a participação na vida social (NADER, 2000, p. 124).

Na **Suma Teológica** (2005, vol. IV) de São Tomás de Aquino encontramos os tópicos principais de cada tipo de lei:

1. A Lei Eterna é soberana e reside na Razão de Deus; podemos conhecê-la porque está impressa em nós; toda e qualquer lei deriva da Lei Eterna; “é a razão divina que governa o mundo” (BOBBIO, 1997, p. 38).

2. A Lei Natural estabelece diversos preceitos e prescreve os atos de virtude que conduzem o homem ao bem estar; a Lei Natural é comum a todas as nações, remonta à criação da criatura racional, que consiste no princípio *bonum faciendum, male vitandum*, que estabelece fazer o bem e evitar o mal (AQUINO, 2005, q. 94, art. 2).

3. A Lei Humana, embora criada e promulgada pelo homem, possui sempre algo da lei natural. Se por alguma razão não deflui da lei natural, não é mais lei, e sim uma forma de perversão da lei. A lei humana é útil ao homem, à felicidade coletiva. A lei positiva é ordenada para o bem comum. Bobbio (1997, p. 39) explica que: “A razão humana precisa necessariamente evoluir dos princípios da lei natural e de certas normas comuns e indemonstráveis para alguns pontos ordenados de modo mais particular; disposições que a razão chama de leis humanas”.

A lei humana equivale ao que se chama hoje de lei positiva, aquela que é feita pelo homem para possibilitar a vida em sociedade devendo estar de acordo com o Direito Natural, sob pena de ser injusta, por não atender ao bem comum, não obrigando nesse caso, o seu cumprimento.

Bobbio (1997, p. 39) explica que para São Tomás de Aquino: “todas as esferas da conduta humana já estão potencialmente sujeitas às leis naturais – o direito positivo é apresentado como um desenvolvimento interno, uma adaptação gradual da máxima geral à situação concreta”.

Na doutrina tomista, lei seria o preceito substancialmente justo, e considerava-se justo o que estivesse de acordo com a razão. Devido a razão se fundamentar na natureza, toda lei criada pelos homens teria a natureza de lei em consonância com a lei natural. Assim, Bobbio (1997, p. 40) esclarece que: “Critério que consiste na afirmação que para a lei positiva a correspondência com o direito natural é uma condição para sua validade”.

Bobbio explica que na filosofia tomista há duas maneiras da lei natural passar para a lei humana: *per conclusionem* e *per determinatorem*. A primeira é oriunda de princípios evidentes como a norma não se deve matar; não matar é regra derivada da regra geral que proíbe fazer o mal. Na segunda, a lei natural determina que o culpado deve ser punido, mas cabe ao legislador humano estabelecer a pena. A diferença entre ambas, é que a primeira retira sua validade também da lei natural da qual provém; enquanto que a segunda tem validade proveniente da lei humana, isto é, tem força somente a partir da lei humana. Bobbio (1997, p. 40) entende que no que se refere ao segundo aspecto de toda doutrina jusnaturalista, “ou seja, a afirmação da superioridade do direito natural sobre o direito positivo, o pensamento de São Tomás é muito claro e sobretudo bem conhecido”.

No início da Idade Moderna, a natureza era entendida como a ordem racional do universo, o direito natural era tido como conjunto de leis sobre a conduta humana, que, ao

lado das leis do universo, estão inscritas naquela ordem universal, contribuindo mesmo para compô-la e que podem ser conhecidas por intermédio da razão. Esse direito natural é um direito encontrado pelo homem, não formado por ele (BOBBIO, 1997, p. 31-32).

Para Delgado no estudo preliminar da obra **La Ley** de Francisco de Vitoria, a teoria do direito natural vitoriana se fundamenta em Santo Agostinho e São Tomás de Aquino partindo do conceito de lei eterna. A lei natural é “a participação da lei eterna na criatura racional” (DELGADO, 2009, p. XXIII). Portanto, o direito natural é tudo o que aparece justo à luz da razão natural, e o injusto o oposto. Desse modo tudo o que se impõe ao direito natural é injusto e não humano e, portanto, não pode ter força de lei. Na Idade Moderna o direito natural é identificado com a natureza racional do homem.

Hugo Grotius, considerado como o pai do direito internacional, na obra **O Direito da Guerra e da Paz**, apresenta a seguinte distinção entre direito natural e direito positivo:

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. [...] O direito civil é aquele derivado do poder civil, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por Estado a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum” (apud, Bobbio, 1996, p. 20 e 21.)

A evolução histórica demonstra que se buscou a fundamentação filosófica dos direitos do homem com o fim de garantir que fossem erigidos, proclamados e utilizados como idéias regulamentadoras da vida em sociedade, o que se observa mais claramente após o século XVII, com o jusnaturalismo de Locke, para quem o homem naturalmente tem direito à vida e à igualdade.

Bobbio (1992, 15) observa que:

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um ‘direito que se tem’ ou de um ‘direito que se gostaria de ter’. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que reconhece qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.

Diante da reflexão acerca da existência de direitos positivos e direitos naturais, há hierarquia de validade entre eles? Na evolução histórica da filosofia do direito, verifica-se uma disputa constante entre partidários da supremacia ora do direito positivo, ora do direito natural.

Ao final do século XVIII, o direito definiu-se em duas espécies distintas: o direito natural e o direito positivo. Na Idade Clássica o direito positivo prevalecia sobre o direito natural. Já na Idade Média ocorreu o contrário, pois o direito natural se estabelece como “a Lei escrita por Deus no coração dos homens”, conforme ensina São Paulo (BOBBIO, 1995, p. 25). Assim, na era medieval, o pensamento jusnaturalista para justificar o direito natural, fundamenta-se no pensamento cristão e na era moderna na natureza racional do homem. Para Bobbio, a passagem da concepção jusnaturalista à concepção positivista ocorreu com a formação do Estado Moderno oriunda da modificação da sociedade medieval classes onde cada uma tinha um ordenamento jurídico próprio sendo o direito produzido pela sociedade civil e não pelo Estado. Entretanto com a formação do Estado Moderno, a sociedade passa a ter uma estrutura monista, visto que todos os poderes se concentram no Estado, sobretudo, o de criar o direito, conforme explica Bobbio (1995, p. 27): “não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”. A partir desse momento tem-se a monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

No contexto da passagem do direito natural para o direito positivo, destaca-se a filosofia de Hobbes que na reflexão de Bobbio, de um lado Hobbes pertence de fato à história do direito natural, pois a filosofia hobbesiana é estudada pelos jusnaturalistas. Por outro lado, Hobbes pertence, de direito, à história do positivismo jurídico, uma vez que sua concepção de lei e do Estado é uma antecipação das teorias positivistas do século passado. Assim, Bobbio

(1991, p. 102) entende que: “Hobbes pertence realmente ao movimento jusnaturalista e é realmente iniciador do positivismo jurídico”.

A diferença entre a teoria hobbesiana e a teoria dos jusnaturalistas tradicionais é o significado diferente de razão. Para os jusnaturalistas tradicionais o objetivo supremo é o bem (moral). Portanto, as leis naturais estabelecem o que é bom e proíbem o que é mau (independentemente da utilidade ou dano que disso pode resultar), e, por conseguinte, podem estabelecer sobre algo que é bom ou mau em si mesmo. Já na teoria hobbesiana a lei natural indica o que é conveniente ou não-conveniente para a consecução do objetivo da paz, sendo essa a maior utilidade (BOBBIO, 1991, p. 105).

Na filosofia hobbesiana a natureza do homem tem uma maior inclinação para a desconfiança do que para a maldade e não sendo possível saber o pensamento de outros indivíduos se faz necessário antecipar, uma vez que o medo da morte e os desejos das coisas necessárias a uma vida confortável motivam o homem para a paz (Leviatã, XIII). Magalhães (2008) entende que o que faz o homem pensar dessa maneira é a crença na razão que não permite aos homens permanecerem por muito tempo na condição de guerra. Com fundamento nas leis da natureza, imutáveis e eternas, atendem ao preceito estabelecido pela razão que é a busca da paz, sendo o contrato a fonte da obrigação, pois decorre da lei natural que impõe o dever aos homens de cumprirem os pactos celebrados (Leviatã, XV). Assim, Magalhães (2008, p. 154) explica que:

Desse modo, são as leis da natureza que criam condições de paz entre os homens, porque tais leis determinam o que um ser idealmente razoável faria se pudesse analisar suas relações com outros homens de modo imparcial, levando em consideração as coisas que interessam à sua segurança.

Vale notar que, para Hobbes, as leis da natureza ordenam in foro interno. Nesse aspecto, pouco importa que elas só adquiram validade por meio da vontade do soberano. Em última instância, são sugeridas pela consciência e todos estão moralmente obrigados a contrair obrigações jurídicas, pois é impossível qualquer lei da razão opor-se à lei divina. Se buscamos a paz por meio de normas legais é porque esse desejo é imposto moralmente pela lei natural; é ela que confere validade à lei positiva. Além do que, nos casos omissos, isto é, em que esta não regula, recorre-se àquela.

Assim, a paz é o objetivo maior, e não sendo um conhecimento imediato, pois origina-se de um raciocínio que se desenvolve entre premissas e respectivas conseqüências, tendo como premissa principal a conservação da própria vida. Bobbio (1991, p. 106) observa que:

metodologicamente correta do problema da lei natural (que se identifica para ele, como de resto para os demais jusnaturalistas, com a lei moral): as leis naturais, ou morais, são aquele conjunto de prescrições que derivam do bem considerado supremo, ou seja, um bem de tal ordem que todos os demais bens lhe são subordinados como meios em relação ao fim.

Na teoria de Hobbes, por intermédio do Estado é mais fácil alcançar a paz, e, portanto, realizar o valor supremo da conservação da vida, uma vez que o Estado mediante leis positivas tem o poder de regular a condutas dos indivíduos na sociedade, conforme entendimento de Bobbio (1991, p. 107-108):

o Estado se funda na própria lei natural, e as leis positivas – cuja produção é a própria razão de ser do surgimento do Estado – retiram sua justificação da lei natural. Em outras palavras: a lei natural afirma que, para alcançar o fim prescrito pela própria lei natural, o homem deve se deixar governar pelas leis positivas (...) a lei natural é aquele ditame de nossa razão que sugere ao homem, se este quer obter a paz, a obedecer em tudo e por tudo apenas às leis positivas.

Assim, para Hobbes a obediência absoluta e incondicional é a premissa fundamental da lei natural, pois mostra a eficácia do fundamento do poder absoluto do soberano, e, por conseguinte, a supremacia do direito positivo. O soberano na filosofia de Hobbes é absoluto não por ter um poder divino, mas por ser legislador, está acima da lei, pois sua função é criar o direito mediante a lei. Vigo (2008, p. 65) explica que “O mandato despótico do soberano termina com o direito natural que matematicamente a razão havia deduzido, o jusnaturalismo dá lugar ao positivismo jurídico”. Em suma, mediante as concepções de direito positivo e de soberania absoluta, a teoria hobbesiana contribui, sobremaneira, para a compreensão moderna do Estado como titular da criação do Direito, e do Direito como um sistema normativo positivo. Na teoria hobbesiana, segundo Bobbio (1991, p. 103-104), a progressiva positivação do Direito acontece de modo proporcional com o processo de constituição do Estado moderno:

no qual é levado às extremas conseqüências o fenômeno da monopolização estatal do direito, através da cuidadosa eliminação de todas as fontes jurídicas que não sejam a lei, ou vontade do soberano (e, *in primis* do direito consuetudinário), e de todos os ordenamentos jurídicos que não sejam estatal (e, em particular, dos ordenamentos da Igreja, da comunidade internacional e das entidades associativas menores).

Na obra **O Positivismo Jurídico** (1995) Bobbio analisa as diferenças entre o Positivismo e o Jusnaturalismo. O Positivismo Jurídico é uma doutrina que considera Direito somente aquilo que é posto pelo Estado. Sua tese básica é a de que o direito constitui produto da ação e da vontade humana (Direito Positivo é aquele posto pelo Estado), e não mais o direito pela imposição divina, da natureza ou da razão como afirma o Jusnaturalismo, que Bobbio (1994, p. 12) define como:

a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.

Bobbio na obra **A Era dos Direitos** (1992, p. 127) explica que:

Pode-se muito bem afirmar que não existe outro direito além do direito positivo, sem por isso rechaçar a exigência da qual nasceram as doutrinas de direitos naturais, que expressam de modo variado exigências de correção, de complementação e de mudança do direito positivo. Essas exigências ganham uma força particular quando são apresentadas como ‘direitos’, embora não sejam direitos no sentido próprio da palavra, ou seja, no sentido em que, por ‘direito’, os juristas entendem uma pretensão garantida pela existência de um poder superior, capaz de obrigar pela força os recalcitantes, ou seja, daquele poder comum que não existe no estado de natureza que os jusnaturalistas tomam como hipótese.

A fundamentação dos direitos do homem no tocante às duas escolas do direito natural e positivo, na concepção de Bobbio, passa por três fases distintas. A proclamação dos direitos do homem ocorre na medida em que a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou dos costumes. Assim, para Bobbio, os direitos do homem surgiram no início da Era Moderna (Era dos Direitos), pois, anteriormente, não havia direitos e sim deveres (Era dos Deveres). Com a modernidade, os homens passam a ter direitos por força da natureza, pois segundo o jusnaturalismo o homem é possuidor de direitos naturais que, posteriormente, serão positivados nas Declarações de Direitos do Homem. A positivação dos direitos passa a

assegurar uma dimensão permanente e absoluta contra o poder do Estado, e, assim, vão surgindo novos direitos.

Dessa maneira, o advento do Estado liberal permite a concessão de direitos civis, porém mantém o monopólio da força legítima, regulada pelas leis, a qual está limitada pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelo surgimento do estado de direito.

Embora o jusnaturalismo tenha inspirado o constitucionalismo, os direitos do homem não são inatos à natureza humana, uma vez que originam-se das lutas de emancipação do homem na história, sendo assim, produtos da civilização humana; enquanto direitos históricos são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.

Bobbio (1992, p. 30), com base nas escolas tradicionais do direito natural e do direito positivo, explica o processo de positivação (fases dos direitos do homem): "os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais".

Os direitos do homem fundamentam-se na natureza, como inerentes à própria natureza do homem, já que ninguém o pode subtrair: são direitos naturais e universais que pertencem ao homem, independentemente do Estado, como direito à vida, à liberdade, à sobrevivência e também à propriedade; posteriormente passam à categoria de direitos positivos, porém particulares a cada Estado que os reconhece, quando firmados nas Constituições de cada Estado; e, sendo positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tornam-se direitos formais universais. No tocante ao momento em que os direitos do homem se tornam universais, Bobbio (1992, p. 49) explica que: "Mas também é verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos". Assim, somente após a Segunda Guerra Mundial é que os direitos do homem se tornaram universais.

O caráter histórico atribuído aos direitos do homem conduz a uma concepção positivista, visto que para Bobbio somente são considerados como direitos fundamentais aqueles que estão presentes em alguma norma positiva. Diante das dificuldades particularmente graves que suscitam a positivação (ou a ausência de positivação) de direitos do homem, um estudioso do positivismo como Bobbio reconhecerá que as exigências morais por mais justificadas que sejam, não são direitos. Assim, observa Bobbio (1992, p. 80):

Obrigações morais, obrigações naturais e obrigações positivas, bem como os respectivos direitos relativos pertencem a sistemas normativos diversos. Para dar sentido a termos como obrigação e direito, é preciso inseri-los num contexto de normas, independentemente de qual seja a natureza desse contexto. Mas, como relação aos direitos positivos, os direitos naturais são apenas exigências (motivadas com argumentos históricos e racionais) de seu acolhimento num sistema de direito eficientemente protegido. Do ponto de vista de um ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos. Também a passagem de um ordenamento para outro é uma passagem que ocorre num determinado contexto social, não sendo de nenhum modo predeterminada.

Desta forma, é necessária, a existência de um ente superior, o Estado, que é idealizado pelo contrato social. Segundo Lafer, para Bobbio, “o Direito não é um dado da natureza, pois a noção de ‘natureza’ é tão equívoca que não nos oferece um critério para diferenciar o jurídico do não-jurídico” (LAFER, 2005, p. 125).

É inquestionável que os direitos do homem nasceram da doutrina do jusnaturalismo, que para Bobbio (1992, p. 73) são: “poucos e essenciais: direito à vida e à sobrevivência, que inclui também a propriedade; e o direito a liberdade”. Estes direitos foram importantes para os direitos individuais sendo protegidos em Constituições. Atualmente, as normas jurídicas para Bobbio (1992, p. 77) “declaram reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem”.

Os Direitos naturais são meras expectativas, diferentemente dos positivados. Segundo Bobbio, estes são direitos no sentido forte, aqueles são direitos, no sentido fraco. Na teoria bobbiana há a distinção entre direitos naturais e direitos positivos, mediante os termos fraco (direito natural) e forte (direito positivo). Bobbio (1992, p. 78) explica que:

quando se pensa nos direitos do homem que experimentaram a historicamente a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgados em fóruns internacionais.

Dessa maneira os direitos em sentido fraco, se baseiam em códigos morais e em normas naturais, passando, *a posteriori*, a ser compreendidos como direitos em sentido forte, devido ao fato de estarem positivados no ordenamento jurídico de um País. Finalmente, os direitos do homem passaram a ser positivados no âmbito internacional.

Bobbio (1992, p. 32) observa que: “Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana”. Para Bobbio, conforme observa Lafer (2005, p. 125), “O Direito é uma construção, um artefato humano fruto da política que produz o Direito Positivo. Requer a razão para pensar, projetar e ir transformando esse artefato em função das necessidades e da convivência coletiva”.

Bobbio, citado por Vigo (2008, p. 240) critica a ineficácia do direito natural:

o que falta a lei natural é precisamente o elemento característico do direito, isto é, a eficácia. O direito natural é um direito desarmado [...] enquanto não encontre força para fazer-se valer não é direito no sentido corrente da palavra, é direito num sentido equívoco ou incluso incorreto. Ao redor da lei natural não há senão reuniões de eruditos em academias e congressos, reuniões similares aos estudiosos de anatomia em torno a um cadáver. Em suma, o direito natural está fora da realidade, é absolutamente ineficaz e tem vigência e interesse de um cadáver, a história mostra a falta total de coincidências a respeito de seu conteúdo.

Por fim, Bobbio (1977, p. 177-178) critica o jusnaturalismo que, não possuindo o atributo da eficácia, não garante nem a paz nem a segurança, uma vez que não basta a um direito ser reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.

1.2.2 ÓBICES PARA O FUNDAMENTO ABSOLUTO DOS DIREITOS DO HOMEM

Para Bobbio (1992, p. 15) o problema do fundamento dos direitos do homem pode ser considerado de modo distinto, já que consiste em buscar se no ordenamento existe uma norma válida que o reconheça, e/ou, em buscar razões para defender a sua legitimidade e seu reconhecimento:

Não há dúvida que, quando num seminário de filósofos e não de juristas (como é o nosso), colocamos o problema do fundamento dos direitos do homem, pretendemos enfrentar um problema do segundo tipo, ou seja, não um problema de direito positivo, mas de direito racional ou crítico (ou, se quiser, de direito natural, no sentido restrito, que é para mim o único aceitável, da palavra).

A pretensão de se encontrar o fundamento dos direitos do homem é questionável, pois Bobbio (1992, p. 16) explica que:

Da finalidade visada pela busca de um fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas idéias (...).

Cunha Júnior (2009, p. 594) entende que para Bobbio: “é uma ilusão buscar-se um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, que são direitos historicamente relativos e estruturalmente diversos. Contra essa ilusão ele levanta quatro dificuldades”.

A primeira dificuldade se funda no entendimento de que, o termo direitos do homem, é muito vago, pois para Bobbio não foram adequadamente definidos, devido as preferências pessoais, as orientações políticas e ideológicas, e, ainda, a falta de definições precisas e à complexidade das definições existentes.

Bobbio (1992, p. 19) observa: “como é possível pôr o problema do fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais é impossível dar uma noção precisa”, tal como complementa Cunha Júnior (2009, p. 595): “‘os direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem’, ou aquela outra que, impregnada de conceitos abertos e insolúveis,

concebe os direitos do Homem como aqueles ‘cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização’”.

A segunda dificuldade se origina na variabilidade dos direitos do homem que é um dos óbices para compreender o fundamento absoluto, pois na história recente tem-se um processo de ampliação ou de extensão dos direitos do homem, conforme explica Bobbio (1992, p. 18-19):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (...). Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que é fundamental numa época e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Cunha Júnior (2009, p. 595) entende que:

os direitos do Homem variam no tempo, de modo que, o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização, pode não parecer fundamental em outras épocas e em outras civilizações ou culturas, o que torna impossível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente variáveis e relativos

A terceira dificuldade para Bobbio consiste que os direitos do homem são heterogêneos, conforme observa Cunha Júnior (2009, p. 595):

entre os direitos reconhecidos nas Declarações, há pretensões distintas e até incompatíveis, não se podendo falar em fundamento, mas de fundamentos dos direitos do Homem. Assim, se os direitos são guiados por pretensões diversas, não podem ter o mesmo fundamento. Além disso, a maior parte dos direitos do Homem sujeita-se a restrições impostas pela necessidade de haver correlações entre eles. Dois direitos fundamentais concretamente incompatíveis não podem ter, igualmente, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e seu oposto inquestionáveis.

A quarta dificuldade para Bobbio é que alguns direitos estabelecidos historicamente serviram de óbices à introdução de novos direitos, incompatíveis de maneira total ou parcial com aqueles. Cunha Júnior (2009, p. 595) entende que: “Ele aponta para os óbices levantados pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade ao progresso da legislação social e afirma que a oposição contra o

reconhecimento dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento dos direitos de liberdade”.

Nesse contexto, pode-se citar que os direitos do homem relativos à propriedade no século XVIII eram tidos como absolutos (*sacre et inviolable*), e, posteriormente veio sofrendo restrições, sobretudo, dos direitos de segunda geração que entendem que a propriedade deve atender a uma função social.

As liberdades e os poderes são antinômicos, conforme Bobbio (1992, p. 21) explica: “a realização integral de uns impede a realização integral dos outros”. Assim, quando os direitos fundamentais entram em conflito, um deles fica inoperante, o que significa que foi anulado, e, portanto, é impossível argumentar a favor da teoria do fundamento absoluto. Devido à oposição, entre os diversos direitos do homem, é necessário escolher ou, pelo menos, estabelecer uma ordem de prioridade, com a conseqüente diversidade do critério da escolha e da ordem de prioridade.

Bobbio (1992, p. 22) acrescenta que: “Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis (...). O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também pretexto para defender posições conservadoras”.

Sobre a importância da dimensão histórica dos direitos do homem a fim de se entender seu sentido no mundo atual e seus reflexos no futuro que se refere ao século XXI, explica Rivas (2000, p. 141):

O passado, o presente e o futuro dos direitos humanos, estão entrelaçados com maravilhosos tópicos construídos nas lutas sociais de toda ordem e nas idéias jusfilosóficas, morais e políticas de dignidade, liberdade, solidariedade, segurança, igualdade, tolerância, paz, justiça, autonomia pessoal, objeção de consciência, desobediência civil, ambiente saudável, que vem sendo gerados desde a antigüidade grega, idéias que vão sendo incorporadas pouco a pouco aos chamados direitos positivos de ordem regional, nacional e internacional.

Dessa forma, na teoria bobbiana (1992, p. 19-20) "não existem direitos fundamentais por natureza", pois não é possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.

Por fim, Cunha Júnior (2009, p. 595) explica que para Bobbio: "ao invés de se buscar um fundamento absoluto para os direitos do Homem, deve-se tentar colher, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis, tendo-se sempre presente as condições, os meios e as situações nas quais cada direito pode ser realizado".

CAPÍTULO 2

FASE QUE ANTECECE (ERA DOS DEVERES) E PRIMEIRA FASE DOS DIREITOS DO HOMEM: DIREITOS NATOS UNIVERSAIS (ERA DOS DIREITOS)

2.1 As Fases dos Direitos do Homem e suas Respectivas Gerações

Para Bobbio (1992) as fases correspondem ao processo de conversão dos direitos do homem, à priori naturais em positivos, ou seja, o processo de positivação dos direitos do homem.

Na filosofia bobbiana a primeira fase se fundamenta no jusnaturalismo moderno, pois para Bobbio (1992, p. 29) as primeiras teorias filosóficas sobre os direitos do homem são de natureza individual: “são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador”.

A segunda fase ocorre quando as teorias são pela primeira vez legisladas, o que acontece com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e com a Revolução Francesa. Para Bobbio (1992, p. 30) ocorre a passagem da teoria à prática:

do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece.

A terceira fase tem início com a Declaração de 1948, que é, ao mesmo tempo universal e positiva:

universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado (BOBBIO, 1992, p. 30).

Entretanto, para Bobbio (1992) há uma nova tendência (quarta fase) denominada de Fase da Especificação que consiste numa gradual determinação de sujeitos titulares de direitos. Bobbio (1992, p. 62) explica que em relação ao gênero:

foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, deficientes, doentes mentais etc.

Em suma, no que se refere às fases dos direitos do homem, Bobbio entende que os direitos do homem nascem como direitos naturais universais (jusnaturalismo – primeira fase), desenvolvem-se como direitos positivos particulares, (segunda fase) para encontrar sua plena realização como direitos positivos universais (terceira fase) (BOBBIO, 1992, p. 30) e, por fim, a fase da especificação que se refere à particularização dos direitos em relação ao gênero, as várias fases da vida e a diferença entre estado normal e excepcional na existência humana (BOBBIO, 1992, p. 62).

Bobbio (1992, p. 30) ao analisar o processo de universalização observa que:

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração [de 1948] contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Sobre a evolução histórica dos direitos do homem o jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, desenvolveu a teoria das gerações de direitos. Em 1979, Vasak foi convidado para proferir a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Não tendo tempo para preparar a exposição, lembrou-se da bandeira francesa, cujas cores representam a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Fundamentando-se nisso, desenvolveu a teoria, objetivando, metaforicamente, mostrar a evolução dos direitos do homem (MARMELSTEIN, 2008, p. 40).

Desse modo, a primeira geração refere-se aos direitos civis e políticos, baseados na liberdade (*liberté*), oriundos das revoluções burguesas; a segunda geração trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, fundados na igualdade (*égalité*), impulsionados pela Revolução Industrial e suas conseqüências sociais; e, finalmente, a terceira geração refere-se aos direitos de solidariedade, sobretudo, o direito ao desenvolvimento e ao meio-ambiente, fundamentado na fraternidade (*fraternité*), que se evidenciou mais depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Schäfer (2005, p. 12) explica que a concepção geracional dos direitos fundamentais:

utiliza a evolução histórica, enquanto elemento essencial à própria caracterização e individualização dos direitos fundamentais, considerando-se a progressiva afirmação da respectiva juridicidade, partindo-se do modelo inicial (consenso sobre a limitação do poder) até o modelo atual (pluralismo democrático com efetiva interligação responsável, entre Estado e cidadão).

A teoria das gerações de direitos ganhou repercussão internacional e tem sido utilizada por muitos filósofos dos direitos do homem como Bobbio e Lafer, no Brasil o Supremo Tribunal Federal já utilizou a expressão gerações de direitos para fundamentar suas decisões. Santigati (2006, p. 64) explica que:

A doutrina adotou de maneira uniforme a classificação que Karel Vasal propôs no que se refere a agrupá-las por gerações de direitos humanos, é dizer em que ordem foram conceitualizando-se juridicamente na ordem interna e internacional, por razões somente metodológicas. Esta classificação metodológica não implica a um desconhecimento da prioridade da existência, sua primazia ou substituição de uns frente aos outros.

É importante observar antes de se adentrar ao tópico das gerações de direitos do homem, enumerando-as com seus respectivos momentos históricos, que não há consenso entre os autores no que se refere ao número de gerações que variam entre três e cinco.

Outro ponto de discordância entre os filósofos se refere à terminologia, visto que alguns preferem a utilização do termo gerações de direitos, outros preferem o vocábulo dimensões de direito, visto que a expressão gerações para alguns doutrinadores enseja uma interpretação errônea no tocante aos direitos do homem, no sentido de que cada geração poderia substituir a geração anterior, a segunda substituindo a primeira e a terceira substituindo a segunda, e assim consecutivamente, o que levaria a outro entendimento equivocado, o qual seria o da não-cumulatividade dos direitos do homem, em virtude da substituição de uma geração por outra. Assim, Sarlet (2009, p. 45) explica que:

Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, acumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz respeito com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos.

Em sentido contrário à teoria dimensional de direitos, Brega Filho (2002, p. 28)

explica que:

não podemos deixar de destacar que a classificação histórica dos direitos fundamentais demonstra como foi difícil a conquista desses direitos. Os direitos fundamentais foram e ainda são muito desrespeitados e talvez a lembrança dessa história os valorize ainda mais. Além disso, embora critiquem a referência às gerações, todos os autores brasileiros e estrangeiros fazem referência a esta classificação histórica, numa demonstração inequívoca de sua importância. Ademais, uma das características dos direitos fundamentais é a historicidade (que veremos adiante), tornando importante essa visão histórica dos direitos. Assim, mesmo sendo razoáveis as críticas à expressão gerações, não há porque não classificarmos os direitos fundamentais a partir de seu aspecto histórico.

É importante observar que em conformidade com a filosofia de Bobbio, no presente trabalho se utiliza o termo gerações, uma vez entende-se que os direitos do

homem são históricos, assim, teoria geracional torna o estudo dos direitos do homem mais didático e, ainda, todas as gerações de direitos convivem entre si, ou seja, as gerações de direitos do homem não são excludentes como afirma a teoria dimensional e sim, complementares, exemplificando: “Os direitos de solidariedade não substituíram os direitos sociais, que não substituíram os direitos individuais” (BREGA FILHO, 2002, p. 25). Pela teoria geracional dos direitos do homem, se estuda como os direitos do homem pela análise cronológica passaram a integrar os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados, isto é, como acontece a positivação dos direitos do homem, à priori naturais universais, em direito positivo (fases dos direitos do homem), à medida que foram sendo reconhecidos como essenciais a uma sociedade democrática. Por sua vez, a palavra “dimensão” pode de modo errado sugerir a sobrelevação de uma linhagem de direitos sobre outra, portanto, razão pela qual não foi utilizada.

Na obra bobbianiana (1992) se reconhecem quatro gerações de direitos do homem, conceito este que explica a existência de diversos grupos, considerados em seus respectivos momentos históricos. Os direitos do homem e suas respectivas gerações representam uma formulação histórica do desenvolvimento dos direitos do homem, estão ligados a acontecimentos históricos peculiares, como foi o caso da Revolução Francesa para a primeira geração, dos ideais socialistas para a segunda geração, da segunda guerra mundial para a terceira geração, do biodireito para a quarta geração e da paz para a quinta geração.

Entretanto, o desenvolvimento geracional dos direitos do homem não está concluso, podendo futuramente surgir novas gerações em virtude de futuros acontecimentos históricos. A teoria das gerações explica os direitos do homem de forma didática, sobretudo, quanto ao desenvolvimento histórico dos referidos direitos. Contribuem para a explicação didática em conformidade com os acontecimentos históricos correspondentes a cada geração, em vez de uma visão estanque e dividida das respectivas gerações. Assim, Ramos (2002, p. 11) explica

que: “(...) cabe assinalar que os direitos humanos não constituem um conjunto finito, demonstrável a partir de critérios axiológicos-valorativos. Pelo contrário, a análise da história da humanidade nos faz contextualizar o conceito de direitos humanos, entendendo-o como fluido e aberto”.

O conjunto dos direitos do homem é classificado em cinco gerações, são gerações no sentido da evolução histórica e não geração no sentido biológico, pois não são superados com a chegada de uma nova geração, mas se superam dialeticamente, os novos direitos continuam incorporados na nova geração.

As gerações, numa primeira análise, representariam a conquista pela humanidade de cinco espécies de direitos fundamentais, amparada as três primeiras gerações nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, os quais se resumiam no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. Coincidentemente, cada uma dessas expressões representaria uma das três primeiras gerações de direitos a ser conquistada. Tais garantias constitucionais buscam consagrar a solidariedade, consolidando assim os ideais da Revolução Francesa: liberdade (primeira geração), igualdade (segunda geração) e fraternidade (terceira geração).

Por conseguinte, os direitos do homem na concepção bobbiana se afirmaram historicamente em quatro gerações, sendo as três primeiras semelhantes as da teoria de Vasak: Primeira Geração – Os Direitos Individuais: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; Segunda Geração – Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta; Terceira Geração – os direitos dos povos ou os direitos de solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que

basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica. Mondaini (2008, p. 116) explica que:

o desenvolvimento da cidadania ocorre em pelo menos três séculos de grandes conflitos sociais, relacionada à conquista de três conteúdos de direitos, diversos entre si: os direitos civis, no século XVIII; os direitos políticos, no século XIX; e os direitos sociais, no século XX.

Já a Quarta Geração: Os Direitos de Manipulação Genética – trata dos direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, bem como de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia.

É importante observar, que embora Bobbio não faça menção em suas obras, da paz como quinta geração de direitos do homem, os direitos do homem e a paz são temas muito estudados por Bobbio (2009, p. 111): “Se alguém me perguntar quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais de nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem e o problema da paz”.

Por fim, devido à importância da paz na filosofia de Bobbio, entende-se, em conformidade com Paulo Bonavides (2008), que a Paz é a legítima representante da quinta geração de direitos do homem.

2.2 Fase que Antecede ao Surgimento dos Direitos do Homem (Era dos Deveres)

Sobre a controversa origem dos direitos do homem, observa-se que o humanismo religioso, o estoicismo e os antigos teóricos dos direitos naturais influenciaram o entendimento secular e moderno dos direitos do homem que vinham expressos na forma de deveres (Era dos Deveres). Assim, muitos textos religiosos, como a Bíblia, os textos budistas, e o Alcorão, incorporaram princípios morais e humanísticos, “expressos geralmente em termos de deveres” (ISHAY, 2006, p. 15).

Essa fase é denominada de embrionária ou de gestação dos direitos do homem, acontece desde os primórdios da história até o século XVII (cronologicamente idades Antiga e Média). Nela ocorre a formação de princípios e a reivindicação de direitos, que constituirão as fontes do Humanismo. Nessa fase, conforme explicam Marcon e Klock na obra **Direitos Humanos – Os 60 anos da Declaração Universal da ONU** (2008, p. 102): “o indivíduo só tinha valor social na medida em que estivesse ligado ao poder estabelecido. Por isso, já a ocorrência de manifestações quanto a um ideal de dignidade humana e de proteção das prerrogativas individuais frente ao domínio do poder político (Estado)”.

Sarlet (2009, p. 37-38) explica que:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais.

Para Bobbio a doutrina dos direitos do homem nasceu no início da era moderna (Era dos Direitos), sob a influência da filosofia jusnaturalista:

a qual - para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado - partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas (BOBBIO, 1992, p. 73).

A expressão direito natural se refere a uma corrente da filosofia do direito presente a mais de vinte e cinco séculos. Defende a existência de um direito anterior a qualquer norma jurídica positiva, que se denomina Direito Natural, o qual outorga fundamento a norma positiva, já que é hierarquicamente superior, de maneira que qualquer norma humana que contrariar o preceito do direito natural será juridicamente inválida.

2.2.1 Direito Antigo

Desde os tempos remotos, nas primeiras idéias culturais do homem, se observa dois fatores de fundamental importância: a forte influência religiosa e a preocupação de proteger as pessoas independentemente da posição social. Esses fatores estão presentes nos códigos mais antigos da humanidade. Sobre o nascimento dos direitos do homem Sarlet (2009, p. 37-38) explica que:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das idéias chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais.

Na era antiga, os códigos morais e jurídicos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, continham regras imperativas que estipulavam apenas obrigações para os indivíduos e não direitos, “a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano” (BOBBIO, 1992, p. 100-101).

Assim, por exemplo, observa-se no Código de Hamurabi, a fundamentação de que o todo poder terrestre provém da inspiração divina e a consideração de que certas pessoas, pela posição de fortuna em que eram deixadas, deviam merecer proteção especial.

Hamurabi, o sábio rei da Babilônia, fez gravar o seu código (séc. XXIII, a. C.), numa preciosa estela de diorito, com 282 artigos, denominados decretos de equidade, que o deus solar Schamash lhe confiou, *in verbis*:

Quando o alto Anu, Rei de Anunaki e Bel, Senhor da Terra e dos céus, determinador dos destinos do mundo, entregou o governo de toda a humanidade a Marduc; quando foi pronunciado o alto nome de Babilônia; quando ele a fez famosa no mundo e nela se estabeleceu um duradouro reino cujos alicerces tinham firmeza do céu e da terra, - por esse tempo Anu e Bel me chamaram a mim Hamurabi, o excelso príncipe, adorador dos deuses, para implantar justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte, para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo” (Altavila, 2000, p. 38).

Na história das civilizações, sempre houve um sistema regulador que nem sempre foi escrito. A princípio, as normas se fixavam pelo uso repetido de uma regra, que se transmitia oralmente de geração a geração.

Na antiguidade a idéia de justiça relaciona-se à construção harmônica da natureza ordenada por uma divindade suprema. Tem-se a idéia da lei natural, imutável, universal e absoluta, que dirige as relações humanas. A lei era considerada a expressão da vontade divina e o seu seguimento, uma imposição da fé. De certa maneira, todas as religiões, desde a dos egípcios antigos, os brâmanes e as da tradição greco-judaico-cristã, refletem concepção idêntica.

Nos diversos ordenamentos jurídicos da Antiguidade, se estabeleciam princípios de proteção aos valores humanos sob a óptica religiosa. Entre os hebreus, a idéia de justiça se expressou em livros religiosos, principalmente no Pentateuco, também denominado Torá ou Lei. O Pentateuco, de autoria de Moisés, composto por cinco livros, Gênese, Êxodo, Números, Levítico e Deuteronômio, foi um dos códigos mais importantes da humanidade.

Os dez mandamentos representam o fundamento de outros 613 mandamentos transmitidos ao povo pelos rabinos que se encontram nos cinco primeiros livros do Pentateuco e foram recepcionados por vários ordenamentos jurídicos ocidentais.

Assim, Paul Johnson citado por Branca Lescher Facciolla (2005, p. 17) salienta que:

O homem tem direitos inalienáveis. Com efeito, o código mosaico é um código não apenas de obrigações e proibições, mas também, de forma embrionária, de direitos. É mais que isso: é uma declaração primitiva de igualdade. Não apenas o homem, como uma categoria, é criado à semelhança de Deus. Nesse sentido, eles são todos iguais. Nem é essa igualdade ideal; ela é real num sentido de toda importância. Todos os israelitas são iguais diante de Deus; e, portanto, iguais diante de Sua Lei. A justiça é para todos, independentemente de outras desigualdades que possa existir. Todas as espécies de privilégios são implícitos e explícitos no código mosaico, mas, em, coisas essenciais, ele não estabelece distinção entre variedade de fiéis. Todos, além disso, partilham a aceitação do pacto; foi uma decisão popular, mesmo democrática.

No século V a. C. , no esplendor da civilização grega, a concepção sobre uma lei da Natureza já estava bem desenvolvida. Esta concepção pode ser assim sintetizada: existe universalmente nas coisas da natureza uma harmonia cósmica. A este princípio corresponderia nas relações humanas a justiça. A partir daí, esta idéia nunca foi completamente esquecida no decurso destes 2500 anos, ora se ausentando, ora ressurgindo.

Para os gregos a idéia de justiça nasce junto com a noção de sociedade, pois a sociedade era decorrente da natural sociabilidade dos homens e a organização da sociedade baseava-se em assegurar que as relações entre os homens fossem justas. A função da *pólis* – a cidade-estado grega – por conseguinte, era zelar pelo cumprimento das leis. Entretanto, embora a sociedade fosse concebida como um fato natural, os homens eram naturalmente desiguais, sendo a harmonia social obtida à medida que cada indivíduo desempenhasse uma atividade conforme suas aptidões. Assim, a versão grega de cidadania era excludente, pois não havia a participação das mulheres, dos escravos e dos estrangeiros.

Sócrates em seu diálogo com Hípias quanto à noção de justiça, (SÓCRATES, 1987, p. 146) entendia que o legal e justo se identificavam: “Assim, justo era quem vivia dentro da lei, injusto quem da lei aberrava”.

Sócrates (1987, p. 146) também sustentava que havia um justo independente da lei, um justo que não era criação humana, um justo de todos os tempos e de todos os povos: “_ Acho que foram os deuses que as inspiraram aos homens. Porque entre todos os povos a primeira lei é respeitar os deuses”.

Dessa maneira, as leis escritas, ou o direito humano, são diferentes das leis não escritas ou imutáveis, oriundas da divindade. Por conseguinte, o homem justo deve obedecer não apenas a lei da *pólis*, mas também as leis não escritas dos deuses, válidas em todos os povos e cuja violação leva, em si mesma, o castigo.

Ao ser condenado injustamente a beber a cicuta, sob a alegação de que corrompia a juventude com alusão a novos deuses, Sócrates negou a sua fuga aos amigos dizendo-lhes que “a única coisa que importa é viver honestamente, sem cometer injustiças, nem mesmo em retribuição a uma injustiça recebida” (SÓCRATES, 1987, p. XI).

Platão em sua obra mais conhecida **A República**, expõe que o Estado perfeito seria governado pelos mais sábios onde a justiça prevaleceria, estabelecendo uma divisão hierárquica de classes entre artesãos, que seriam os laboriosos; os guerreiros, que seriam os fortes; os magistrados, que seriam dotados da racionalidade, onde cada um deveria desempenhar as funções relativas às suas aptidões. Os artesãos e guerreiros deveriam subordinar-se aos magistrados, que seriam os governantes e representantes dos filósofos (NADER, 2000, p. 107-108).

Assim, Bobbio (2001, p. 45) explica que:

O diálogo de A República é, como todos sabem, uma descrição da república ideal, que tem por objetivo a realização da justiça entendida como atribuição a cada um da obrigação que lhe cabe, de acordo com as próprias aptidões. Consiste na composição harmônica e ordenada de três categorias de homens – os governantes-filósofos, os guerreiros e os que se dedicam aos trabalhos produtivos.

Em relação a Aristóteles, Ishay (2006, p. 19) estabelece que:

Como Platão, Aristóteles (384-322 a. C.) influenciou profundamente o desenvolvimento da tradição política judaico-cristã e da islâmica, inclusive os direitos humanos. A Política de Aristóteles mostra como os conceitos de justiça, de virtude e de direitos mudam de acordo com os diferentes tipos de constituição e com as circunstâncias. Avaliando os pontos fortes e os pontos fracos de diversas democracias, oligarquias e tiranias, Aristóteles concluiu que as constituições mistas – com uma “classe média” forte – tendem a ser mais justas e estáveis. Em outras palavras, para ele a virtude e a justiça florescem melhor entre os extremos. Aristóteles procurou discutir a condição de um Estado perfeito dentro dos limites da possibilidade, visto que a “virtude tem bens externos suficientes para a realização de boas ações. Ao invés de dirigir o foco para os negócios, a guerra e a escravidão, enfatizou que os Estados e as leis devem ter por objetivo a promoção do ócio, da paz e do bem comum.

Dentro da corrente estóica destaca-se o entendimento de seu fundador Zenon (350-250 a. C.) o qual colocava o conceito de natureza no centro do sistema filosófico. Nesse contexto, Magalhães (2000, p. 13) observa que:

Para eles, o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional (...). Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo.

Se os gregos filosofaram sobre a Justiça, os romanos preferiram indagar da experiência concreta do justo. Em relação aos gregos, avançaram ao entenderem os homens como essencialmente iguais, apesar de suas diferenças étnicas ou de classes. Mas, a exemplo dos gregos, aceitavam e justificavam a escravatura, só que como uma consequência do direito internacional, sob alegação de que na guerra os vencidos aos quais se deixa a vida tornam-se escravos. O filósofo Sêneca escreveu que o direito natural não admite a escravatura, mas o direito civil sim.

Marco Túlio Cícero (2004, p. 51-52) destaca em sua obra, **Tratado das Leis** (*De Legibus*), a existência de uma lei natural ou lei moral natural, universalmente válida, cuja origem é a vontade natural da divindade. Dialogando com Ático explica que:

Marco: - De mais a mais, tornando Deus o homem a razão de ser do Universo, conferindo-lhe a existência e suas qualificações, vê-se claramente, sem entrar em mais detalhes, que a Natureza deu-lhe um atributo suplementar: sem qualquer outro guia, partindo dos rudimentos que aprendeu a identificar desde os primeiros lampejos da inteligência, concedeu ao homem a capacidade de robustecer e aperfeiçoar a razão.

Ático: - Deuses imortais! De que lonjura buscas as origens do Direito! (...)

Marco: - Certamente, grandes são as questões ora bosquejadas. Porém, entre todas que se ensinam as discussões dos doutos, nenhuma se assemelha à de compreender plenamente que nascemos para a Justiça e que o Direito não se assenta em convenções, mas na Natureza (...).

Ishay (2006, p. 19) salienta que na obra **Tratado das Leis**, Cícero estabelece as bases da lei natural dos direitos do homem:

Os deuses concederam aos indivíduos a capacidade de raciocinar, de tirar sua subsistência da natureza e de unir-se pacificamente com outros concidadãos. Aqueles guiados mais pela utilidade, pelo lucro, pelos prazeres sensuais e pelas opiniões do que pela virtude são quando muito astutos, mas nunca bons.

A filosofia de Cícero veio séculos mais tarde, a fundamentar, a necessidade de adaptar-se a lei aos princípios não escritos de um direito transcendente à ordem positiva, e,

por conseguinte, o controle da constitucionalidade das leis. Nem tudo o que os povos elevam a lei é justo.

Nas **Institutas** do Imperador Justiniano (2001, p. 21) encontra-se o conceito: “A Justiça é a vontade constante e perpétua que atribui a cada um o que é seu”. Esta é a regra fundamental de Justiça dos romanos, cuja concepção apresenta-se como lei ou norma, fazendo com que a Justiça e o Direito se tornem inseparáveis. A Justiça é um valor, mas este valor deve ser medido, e para este fim os romanos criaram uma ciência específica – a jurisprudência -, que se destina a estudar a experiência humana do justo.

Com o advento da era medieval tivemos o predomínio do pensamento cristão, doutrina criada no início de nossa por Jesus de Nazaré, que ensinou a fraternidade entre os homens e condenou a hipocrisia e a cobiça. Assim, com o advento do Cristianismo, a sociedade continua a ser concebida como um fato natural. Mas, a idéia de justiça será vinculada a Deus e ao seu reino. A noção de pecado original aparece como marco divisório entre sociedade terrena justa e injusta.

Ishay (2006, p. 20) salienta que:

Em Atos 17-18, Paulo lembra os atenienses que Deus criou toda a humanidade e que os indivíduos de todas as raças são iguais sob sua tutela. “Deus não faz acepção de pessoas”, explica Paulo, em sua epístola aos Romanos; “todos aqueles que pecaram sem a Lei, sem a Lei perecerão; e todos aqueles que pecaram com a Lei, pela Lei serão julgados”. Deus é o árbitro final da injustiça terrena e fechará para sempre o portão dos céus ao pecador.

Por fim, Rivas (2000, p. 151) entende que: “nem os gregos, romanos, hebreus e cristãos da Idade Antiga tinham consciência jurídica dos direitos humanos e muito menos os haviam formulado na legislação estatal, devido em grande parte ao modo produção prevalecente no mundo antigo: a escravidão que era a negação destes direitos”.

2.2.2 O Direito Natural na Filosofia Medieval

Na antigüidade clássica a reflexão sobre o direito natural acontecia na análise da antítese natureza/normas. Por sua vez, na Idade Média as discussões acontecem diante da antítese direito Divino/direito dos homens. Na verdade, a própria distinção entre direito natural e direito positivo acaba secundarizando-se, visto que a filosofia dominante à época prescreve como direito válido aquele deduzido da vontade de Deus. Portanto, o direito natural até ganha maior dimensão, uma vez que muitos filósofos o identificam como o mais próximo do direito divino (BOBBIO, 1995, p. 19-20, 25-26).

No século primeiro até o século XVI encontramos o predomínio do direito natural cristão que teve duas grandes escolas, a primeira delas, a Patrística, da qual Santo Agostinho (354 – 430) é o maior representante. No período patrístico destacam-se os chamados “Padres da Igreja”, isto é, os filósofos cristãos dos primeiros séculos do cristianismo até o século VI, que na sua grande maioria, são seguidores pelas idéias de Platão.

Na obra **A Cidade de Deus Contra os Pagãos**, Santo Agostinho escreve sobre o Direito e o Estado, onde concebeu o Estado terreno como profundamente imperfeito e somente justificado como transição para o Estado divino, a *Civitas Dei*. O direito natural era a manifestação pura da vontade de Deus à qual os direitos terrenos deveriam submeter-se. Ao analisar a definição de Cipião sobre a República, expõe a justiça como elemento fundamental ao Direito: “onde não há verdadeira justiça, não pode existir verdadeiro direito” (1999, p. 412). A seguir Santo Agostinho, a exemplo de Ulpiano, concebeu a justiça como a “virtude que dá a cada um o que é seu” (1999, p. 412).

A segunda grande escola do Cristianismo, a Escolástica, movimento filosófico presente nas universidades, sobretudo, na Itália e na França, teve como seu maior expoente São Tomás de Aquino que fundamenta sua tese sobre direitos na admissão de três tipos de

leis: a lei eterna (direito divino), lei natural e lei humana. “A lei eterna é a mesma Razão Divina que governa o mundo” (DEL VECCHIO, 1991, p. 31), e sobre elas os homens somente conseguem obter um conhecimento parcial, através das manifestações de Deus. A lei natural, ainda que abstrata, é cognoscível pelos homens por meio da razão, e, representa, a manifestação de Deus junto à suas criaturas, no caso, os seres humanos. Por fim, a lei humana, “é uma invenção dos homens, por meio da qual, mediante os princípios da lei natural, se procede a aplicações particulares da lei natural” (DEL VECCHIO, 1971, p. 31).

A lei natural, na filosofia tomista, é considerada como explica Nader (2000, p. 124): “a participação da criatura racional na lei eterna. É um reflexo parcial da razão divina, que permite aos homens conhecer da lei eterna. O preceito básico do direito natural é o que manda observar o bem e evitar a prática do mal”. A lei natural resume-se nos dez mandamentos (com os quais coincide) e é cognoscível através da razão por todos os homens.

Para São Tomás de Aquino o jusnaturalismo admite uma *lex naturalis* mutável, cuja concepção transcende para a lei divina, da qual faz derivar tudo o que foi gerado por força da razão divina. Neste sentido, todo conteúdo do direito positivo deve adequar-se às prescrições que lhe são superiores e fontes de inspiração: o direito natural e o direito divino. Neste sentido, o *ius* transcende à *lex scripta*; a lei posta pela autoridade não exaure o Direito.

Deste modo, como resposta ao que seja justo, ou melhor, a qual seja o conceito de *iustitia*, a sua definição é um decalque à de Ulpiano, com breve correção: hábito pelo qual, com perpétua e constante vontade, se dá a cada um o que é seu” (NADER, 2000, p. 125). Trata-se de um hábito virtuoso, de uma reiteração de atos direcionados a um fim e voluntariamente concebidos pela razão prática, no qual reside a vontade de dar a cada um o que é seu (*voluntas suum cuique tribuere*). Assim, ao mesmo tempo que fundamenta a Lei Divina (fé), incorpora a idéia de Lei Natural (razão) dos gregos. Uma união da filosofia cristã com a aristotélica.

A idéia cristã de direito natural se fundamenta no conceito de natureza humana, considerada como uma natureza racional, porém criada por Deus, de onde se origina a dignidade e os direitos pessoais.

A respeito da distinção direito natural/direito positivo, ou melhor, sobre qual seria o direito “superior” caso haja conflito entre lei natural e norma positiva, São Tomás de Aquino explica: “Qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza; se discordar desta, já não será uma lei, mas corrupção de lei” (BOBBIO, 1997, p. 40). Desta forma, São Tomás de Aquino firma a superioridade do direito natural, ao situá-lo como condição para a própria validade do direito positivo.

Deve-se notar, porém, que se pode encontrar em tempos mais antigos documentos escritos que são mencionados como os precedentes históricos dos direitos do homem, tais como as cartas de franquia presentes em quase toda a Idade Média, nos quais eram registrados os direitos que regulamentavam as relações nos feudos e nas pequenas comunidades.

A Magna Carta inglesa, de 1215, constitui-se no mais antigo documento constitucional referente aos direitos do homem. Como algumas outras que apareceriam depois, a Magna Carta era dirigida a um determinado segmento da sociedade inglesa, representativo de estamentos da organização social do Medievo. Resultante de negociações estabelecidas entre o rei e os nobres, a declaração representou também como todos os outros posteriores, um instrumento limitador do poder estatal, ou, mais precisamente, do poder monárquico. Assim, Bobbio (1994, p. 13) explica que:

a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a racionalização póstuma do estado de coisas a que conduziu, especialmente na Inglaterra e muitos séculos antes, a luta entre monarquia e as outras forças sociais, que se concluiu com a concessão da Carta Magna por parte de João Sem Terra (1215), quando as faculdades e os poderes que nos séculos futuros serão chamados de “direitos do homem” são reconhecidos sob o nome de “liberdade” (libertates, franchises, freedom), ou seja, como esferas individuais de ação e posse de bens protegidos perante o poder coativo do rei.

A *Magna Carta* de 1215, também denominada de “Artigo dos Barões” foi um marco importante contra a opressão sendo invocada por diversas gerações para proteger suas respectivas liberdades ameaçadas. Apesar de garantir privilégios, adota a idéia de governo representativo e se referem a direitos civis, tais como os direitos: de propriedade, do devido processo legal e o direito à livre locomoção. Embora a *Magna Carta* seja considerada o documento mais importante da época, não foi o primeiro e nem o único, evidenciando-se já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. Assim, Sarlet (2009, p. 41) explica que:

Desde já, há que se destacar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses “direitos” e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população de seu gozo.

Dessa forma, os pactos foram importantes, de modo especial as liberdades presentes na *Magna Carta*, para ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos do homem nas Constituições, ainda mais quando é justamente no seu referido art. 39 que a melhor doutrina – contrariando a tese de Georg Jellinek, que estabelece a liberdade religiosa como o primeiro direito fundamental – entende a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades inclusive da liberdade de culto e religião (SARLET, 2009, p. 41-42).

A *Petition of Rights* de 1628 que estabeleceu que: “o homem livre somente pode ser preso ou detido pela lei da terra, ou pelo devido processo legal, e não pela ordem especial do Rei sem qualquer acusação”; *Habeas Corpus Act* de 1679 restringiu sua utilização desse relevante instrumento àqueles que tinham sua liberdade de locomoção cerceada sob a acusação da prática de crime, conforme observa Ishay (2006, p. 22):

Na Inglaterra, a Petição de Direitos (1628) e a Lei de Hábeas Corpus (1679) reportavam-se diretamente ao artigo da Carta de 1215 que estabelecia que “nenhum homem livre pode ser detido, ou mantido em prisão, ou privado de sua propriedade (...) a não ser por julgamento legal de seus pares de acordo com a lei da terra.

A Declaração Inglesa de 1689, também conhecida como Carta de Direitos (*Bill of Rights*) é formada por três partes. A priori, tem-se uma passagem introdutória que formalmente põe fim ao reinado de Jaime II. Posteriormente, há uma lista de queixas específicas contra ele. Em seguida, uma lista de 13 “direitos e liberdades indubitáveis”, que coloca limites para os direitos do rei e protege o poder legislativo do Parlamento e extingue seu poder de mudar essas leis arbitrariamente. Também se destaca o direito de dirigir uma petição ao rei e o de não ter de se submeter a um exército permanente em tempos de paz.

Posteriormente, o *Habeas Corpus Act* de 1818 conferiu ao instrumento processual características semelhantes ao atual, admitindo a sua utilização em qualquer caso de restrição à liberdade de locomoção, ainda que o cerceamento não estivesse relacionado à imputação de um crime.

No feudalismo europeu tivemos o desenvolvimento do jusnaturalismo cristão, onde a lei humana e os poderes políticos estavam subordinados ao direito divino. Entretanto, no início da Idade Moderna e com a transição do feudalismo para o capitalismo na Europa centro-ocidental, se teve uma nova visão de mundo, uma vez que a influência da Igreja Católica foi diminuindo e a legitimidade de uma sociedade hierarquizada fundada em privilégios de nascença perdeu força.

Mondaini (2008, p. 115) explica que:

A ‘crítica interna dos religiosos’ da Reforma e a ‘crítica externa dos cientistas’ do Renascimento inviabilizaram a continuidade absoluta de uma maneira transcendente de compreender a história. O homem passou não apenas a traçar seu destino, mas também a ter total capacidade de explicá-lo.

Assim, ocorreu a conscientização da desigualdade que existia entre os homens, o que serviu de base para uma das mais importantes transformações na trajetória da humanidade: a do cidadão/súdito para o cidadão/cidadão.

Por fim, Mondaini (2008, p. 116) observa que: “O fato de habitar uma cidade (de ser cidadão) não basta mais ao homem. Os novos tempos exigem que este passe a ter também direitos e não mais somente deveres. A obscuridade de uma Era dos Deveres abre espaço para uma promissora Era dos Direitos”.

2.3 A PRIMEIRA FASE: DIREITOS NATOS UNIVERSAIS (ERA DOS DIREITOS)

Desde a antiguidade se encontram vestígios dos direitos do homem. Por serem tidos como inerentes à natureza do homem, são denominados de direitos naturais; e, são considerados universais por pertencerem ao homem, independentemente de estarem escritos em códigos ou leis.

O direito natural, presente na antigüidade clássica e na Idade Medieval, volta a se desenvolver sob novos fundamentos no início do século XVII (Iluminismo). Para a filosofia grega o direito natural é fundado na natureza, e para os filósofos medievais o jusnaturalismo tem em Deus sua principal fonte. Em sentido contrário, para os iluministas, ou filósofos da Renascença, o direito natural é produto da própria razão humana.

Para Bobbio (1992, p. 73), embora se encontrem vestígios dos direitos do homem na era antiga e na medieval, os direitos do homem nascem no início da era moderna:

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas.

Com o advento da Renascença (Séculos XV e XVI), o homem passa a indagar da origem daquilo que o cerca, colocando-se no centro do universo. O conhecimento se opera

mediante uma verificação de ordem racional, onde se busca essencialmente as origens do conhecimento, com base em verdades evidentes sem recorrer ao alto na busca de quaisquer explicações.

A doutrina moderna sobre os direitos naturais que se consolidou, a partir do século XVI, e, sobretudo, do século XVII, denomina-se direito natural clássico ou racionalista, e teve como consequência preparar as condições para o surgimento do Estado moderno e a transição do feudalismo para a sociedade burguesa. Assim, o direito natural moderno contribuiu para uma reação racionalista à situação teocêntrica na qual o Direito fora colocado durante o medievo, assim, Deus deixa de ser visto como emanador das normas jurídicas, e a natureza assume essa posição.

Bobbio (1994, p. 12) define o jusnaturalismo como:

a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.

Nesse período têm-se alguns fatos que são muito importantes para o desenvolvimento da filosofia dos direitos do homem tais como: a Declaração de Direitos do Homem do Cidadão, a queda da monarquia absoluta, o surgimento do Estado moderno, a separação dos poderes, o contrato social e a limitação do poder do governante.

Por sua vez, o direito natural se fundamenta na razão humana. Assim, se consideram os princípios do direito natural, como princípios da razão humana que devem ser tutelados pela autoridade e prudência do governante, o qual detém o poder pelo encargo de seus súditos. Por isso, os direitos do homem nascem como direitos naturais, porque dizem respeito à dignidade da natureza humana que na concepção de Luño (2005, p. 324): “supõe o valor

básico (Grundwert) fundamentador dos direitos humanos que tendem a explicar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral”.

2.3.1 Principais Filósofos da Primeira Fase: Direitos Natos Universais

A filosofia do direito natural teve seu auge entre o fim do século XVII e o início do século XVIII. Nesse momento histórico o direito natural buscava explicar a sociedade e o Estado por meio da razão ou da vontade autônoma do indivíduo, separando-se da teologia moral.

2.3.1.1 Hugo Grotius

Para Grotius, considerado um dos principais teóricos do direito natural, a razão não é o órgão do conhecimento natural de Deus, de um determinado sistema confessional, e sim a faculdade cognoscitiva das verdades fundamentais da vida social. A filosofia do direito natural de Grotius não se concentra na *Lex aeterna* e sim nas proposições concretas do Direito Natural, consoante às quais podem decidir-se as contendas da vida real dentro do Estado e entre os Estados. Grotius (2005, p. 81) declara que "O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus". Desse modo, começa a produzir-se a separação entre a lei natural e a lei eterna.

Interessante notar a posição contrária do inconfidente Gonzaga (2004, p. 78):

Sendo pois o princípio do direito natural a vontade de Deus, não podemos subscrever a opinião de Grócio, enquanto afirma que, se não houvesse Deus, ou ele não cuidasse das coisas humanas, sempre haveria direito natural. Esta doutrina repugna à piedade, pois é supor que além de Deus há outro ente, a quem devemos obedecer, e com quem Deus tivesse a necessidade de se conformar.

Dessa maneira, ao afirmar, ainda que Deus não existisse, os direitos naturais continuariam e existir, Grotius não nega a existência de Deus, mas sim, que Deus não interfere nestes direitos, conforme explica Rocha (2007, p. 58) que o que está em jogo é o poder medieval:

A Igreja não aprecia isto, e questiona que foi colocado no lugar ao retirar Deus do Direito; a resposta é o homem: com base em um racionalismo puro, qualquer pessoa pode perceber a condição jurídica do homem como tal. Como se pode perceber, substitui-se, em termos de Direito, Deus pela razão humana, o que constitui verdadeira revolução jusfilosófica nas sociedades renascentistas.

Na obra **O Direito da Guerra e da Paz**, Grotius afirma que: O direito é o que se mostra segundo a razão (não pela revelação) apto a tornar possível a convivência social, isto é, o que a reta razão demonstra conforme a natureza sociável do homem” (DEL VECCHIO, 2006, p. 69). Grotius citado por Bittar e Almeida (2001, p. 223) entende que: “Portanto, não há nada de arbitrário no direito natural, como não há arbitrariedade na aritmética. Os ditames da reta razão são o que a natureza humana e a natureza das coisas ordenam”.

A idéia de a reta razão alcançar regras invariáveis da natureza humana está presente nas Declarações de Direitos do Homem. Declara-se não o que não se percebe e, sim, o que é de fácil acesso à razão humana. A afirmação de direitos que se opõe a seu desrespeito visando a esperança de um novo estado de coisas é o que determina as Declarações. Nesse sentido, se vê alguns considerandos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta inspiração do homem comum.

Para Grotius o fundamento do direito não é mais Deus ou a ordem divina, mas a natureza humana e a natureza das coisas, não sendo possível uma sanção religiosa. O Direito

Natural não mudaria seus ditames na hipótese da inexistência de Deus, nem poderia ser modificado por ele. Grinberg (2004, p. XVIII) entende que:

Ao estabelecer essa noção, Grotius reporta-se não só à religião, mas também à política. É contra o Estado-Leviatã de Hobbes que ele enfatiza a necessidade de definição da esfera do jurídico em face do Estado. Apenas independente da religião e do poder é que o direito poderia permanecer fiel à formulação do ideal de justiça que o sustenta.

Assim, Grotius destaca a superioridade do direito natural, direito este agora livre das interpretações teológicas da Idade Média, cognoscível através da ação razão humana sobre a própria natureza do homem.

Em suma, Grotius divide o direito em natural (*ius naturale*) e voluntário ou positivo (*ius voluntarium*). Para Grotius, citado por Bobbio (1995, p. 20) o direito natural “é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem”. A fonte do direito natural se funda no *appetitus societatis* e nos seus respectivos princípios jurídicos, como, por exemplo, o respeito às coisas alheias, a restituição da propriedade de outrem e a necessidade se manterem as promessas, sendo o mais importante o cumprimento do contrato (*stare pactis*). Por sua vez, o direito positivo se funda na constituição da sociedade mediante um pacto social o qual se constitui a base de outros pactos, aonde se vai originando o direito positivo. No **Tratado da Guerra e da Paz**, se define o Estado como “corpo de pessoas livres que se ajuntaram para gozar harmoniosamente de seus direitos e para sua utilidade comum” e sua origem se remota a um pacto (VIGO, 2008, p. 59-60).

Por fim, Grotius é reconhecido por ter dado as bases do moderno internacional ou das gentes que regula as relações entre os povos, sendo que este direito, conforme explica Vigo (2008, p. 60), “encontra como fonte remota o direito natural, de um modo imediato é determinado pela vontade ou pelo consentimento de todos os povos ou daqueles mais civilizados”.

2.3.1.2 Samuel Pufendorf

Pufendorf defensor da teoria jusnaturalista entende que independente das leis civis e anterior à sua convenção humana, existe ordem moral e regra de justiça universais (as leis de natureza), que indicam ao homem os seus deveres e o proibem de fazer o mal. O homem tem a capacidade e o dever de criar as condições propícias para se relacionar bem com seus semelhantes.

Uma das contribuições de Pufendorf foi criar uma teoria sobre os problemas morais e jurídicos por meio do método matemático o qual busca construir racionalmente um direito natural distinto da teologia, assim, Grinberg (2004, p. XIX) entende que:

Pufendorf considera a possibilidade da relação entre o direito e a aritmética: os princípios de direito natural são de evidência perfeita, como axiomas da matemática; por isso, é fundamental estabelecer princípios para a dedução do direito natural. Ao afirmar que esses princípios podem ser retirados tanto da experiência empírica quanto da tradição consagrada, Pufendorf contribui para aprofundar o movimento de secularização do direito.

As leis que comandam as ações mútuas dos homens estão arraigadas na sua natureza racional, sendo imutáveis e eternas de maneira que aquele que não as respeita ofende a sua própria dignidade. Ortiz (2005, p. 20) entende que para Pufendorf:

o direito natural nasce, em primeiro lugar, do amor próprio que induz o homem a busca de seu bem-estar e a conservação da vida; em segundo lugar, do estado de indigência em que o homem se encontra em relação com a natureza. Em virtude de sua natureza racional, o direito natural é a resposta que o homem dá aos problemas que elevam a auto-estima e a conservação da vida.

Assim, o homem deve viver pacificamente em sociedade, o que evidencia uma lei fundamental da Natureza: "TODO HOMEM DEVERIA, O QUANTO LHE FOR POSSÍVEL, PRESERVAR E PROMOVER A SOCIEDADE: Isto é, o Bem-Estar da Humanidade" (PUFENDORF, 2007, p. 96).

No Livro **Os Deveres do Homem e do Cidadão** (2007), Capítulo Do Direito Natural em Geral, que trata das leis naturais, Pufendorf explica que o homem, refletindo sobre a sua

natureza e constituição física, descobre a necessidade de restringir à ilimitada liberdade de que possui no estado de natureza. Dessa maneira, a liberdade se evidencia ao mesmo tempo inútil e danosa. Para cumprir tal finalidade, é necessário recorrer à razão, a qual impõe as leis naturais, formulando assim a regra básica do agir humano.

Conforme entende Vigo (2008, p. 79), na filosofia pufendorfiana há três fontes para o homem conhecer seus deveres:

- a) As luzes da razão da qual se determinam os deveres gerais do homem, b) os mandamentos do legislador de onde emanam os deveres do cidadão como membro de um Estado, e c) a revelação divina na qual se originam os deveres dos cristãos enquanto tais. A estes três grupos de deveres correspondem três disciplinas: a doutrina do direito natural que se ocupa dos mandamentos jurídicos comuns a todos os povos, a ciência do direito positivo que explica as normas jurídicas próprias de cada Estado, e a teologia moral que procura descobrir na Sagrada Escritura os mandamentos contidos na revelação.

Para Pufendorf (2007, p. 151), as leis naturais fundamentais que orientam o homem no estado de natureza – que permitem deduzir todas as normas práticas – nos impõem: primeiro, dever de um Homem para com outro, isto é, não causar dano a homem algum: “se algum Dano for feito a um outro, quem for realmente culpável como Autor do Mal deveria, na medida em que estiver a seu alcance, fazer uma Reparação”.

Grinberg (2004, p. XX) na introdução da obra **Tratado de Direito Natural** explica que para Pufendorf,

a lei natural que se impõe ao gênero humano é uma lei de obrigação, que só pode ser imputada a seres morais dotados de razão. Assim, só o homem pode ser sujeito de direito; o imperativo da lei natural é, portanto, que a obrigação seja mantida pelos homens. Essa obrigação pode ser traduzida na observância do princípio da sociabilidade (da forma conceituada por Grotius) como máxima essencial do mundo humano. Ou seja: todos os sistemas humanos de direito e as obrigações daí decorrentes devem estar assentes na idéia de que o homem é um ser social.

A fundação racional das leis naturais não comporta, todavia, uma solução inata, que é criticada por Pufendorf: as leis naturais não são, portanto, impressas na mente do homem no instante de seu nascimento, mas, ao contrário, é o produto de uma reflexão madura e dependem de um processo árduo de aprendizagem (PUFENDORF, 2007, p. 59). Para Pufendorf, a razão natural é fundada sobre a natureza humana e é definida como consciência

moral, por conseguinte, a consciência humana contém um conhecimento pleno dos deveres e direitos dos homens. Assim, Pufendorf (2007, p. 99) explica que:

Embora se costume dizer que temos o Conhecimento desse Direito pela própria Natureza, isso não deve então ser entendido como se fossem implantadas, nas Mentes dos Homens apenas recém-nascidos, Noções claras e distintas concernentes ao que deve ser feito ou evitado. Mas diz-se então que a Natureza nos ensina, em parte porque o Conhecimento desse Direito pode ser atingido com a ajuda da Luz da Razão; e em parte porque seus Pontos mais gerais úteis são tão simples e claros que à primeira vista forçam a Aquiescência e cravam tamanha raiz nas mentes dos Homens, que nada pode erradicá-los depois; jamais permitindo que Homens perversos se esforcem ao ponto de embotar a farpa e insensibilizar-se contra os Ferrões de sua Consciência.

Para Pufendorf (2007, p. 157 e ss), além das obrigações naturais que cada indivíduo tem consigo mesmo, Deus determinou três deveres fundamentais que cada homem tem em relação com seus semelhantes: não causar danos a homem algum; a igualdade natural do homem e que cada um seja útil aos outros, tanto que lhe seja possível; e, os demais deveres são criados através de acordo. Durante a vida, têm-se muitos deveres que servem para regulamentar o comportamento do homem e se dividem de dois modos: os deveres absolutos são obrigações naturais (não fazer o mal, respeitar a palavra empenhada, reparar os danos provocados, etc.) por pertencerem aos homens são universais e eternos e se fundam na consciência, e os deveres convencionais que sendo obrigações civis ou jurídicas, derivam dos acordos estipulados, em virtude dos quais cada dever subscrito corresponde para o outro o direito de exigir o seu cumprimento.

Desse modo, as obrigações naturais por se constituírem obrigações morais, vinculam cada indivíduo segundo sua consciência; enquanto as obrigações convencionais são as decorrentes da sociedade civil e da lei positiva, vinculam os homens associados e "*in foro externo*". Aos deveres absolutos que obrigam interiormente correspondem direitos do mesmo tipo, assim como aos deveres convencionais impostos pelo Estado correspondem direitos que uma vez desrespeitados, pode-se recorrer à força pública, aos direitos perfeitos. Nesse contexto, o estado de natureza é tido como o estado dos direitos imperfeitos, pois não são susceptíveis de coação externa. Pufendorf (2007, p. 87), explica que:

O Direito Imperfeito que outros têm a esses Deveres de Caridade, de nossa parte, torna-se um Direito Perfeito; de forma que os Homens podem ser obrigados, pela força, à execução desses Deveres em determinado momento, embora em todas as outras Ocasões o Cumprimento deles deva ser deixado à Consciência e à Honra de cada Homem.

Para Pufendorf as diferenças entre os direitos imperfeitos e perfeitos, também ocorrem no que se refere ao grau de especificidade e nas funções. Estes são honrados pela realização ou pela omissão de tipos específicos de ação por parte de outras pessoas. Exemplificando

o meu direito (perfeito) à vida em como correlativo o seu dever de não me matar, e meu direito (perfeito) de esperar que você cumpra sua promessa tem como correlativo o seu dever de cumpri-la; porém, meu direito (imperfeito) à gratidão ou à assistência em caso de calamidade não tem como correlativo um dever tão específico a ponto de se levantar a questão sobre se a realização deste é igual àquilo, ou menor que aquilo, que o causou. Essa diferença reflete outra mais profunda, subjacente, entre leis que conduzem à mera existência da sociedade – e criam direito perfeitos, precisos e obrigatórios – e as que conduzem apenas a uma existência melhor (EDMUNDSON, 2006, p. 37).

Por fim, ao defender um Estado mais forte e centralizado com ênfase nos deveres naturais de respeitar a igual dignidade de todos e buscar a sociabilidade, trouxe elementos intelectuais para fundamentar o moderno *welfare state* da Europa.

2.3.1.3 Thomas Hobbes

Na filosofia de Hobbes (2000, p. 161-162) o bem supremo do homem é a própria existência e por isso a proteção da vida é o fim único da obediência: “A finalidade da Obediência é a Proteção e, quando um homem a vê, seja em sua própria espada seja na de um outro, a Natureza determina que a obedeça e se esforce por conservá-la”.

Para Bobbio (1992, p. 32), dentre os inúmeros direitos do homem, “Hobbes conhecia apenas um deles, o direito à vida”. Ao partir da idéia de “estado de natureza”, Hobbes confirma a existência de direitos naturais. Para Hobbes o direito à vida, é um direito natural importante para o ser humano conforme Ribeiro (2004, p. 99) explica: “Assim o viver

inclui o sobreviver. O direito à vida engloba as condições materiais mínimas para preservá-la”. Hobbes (2000, p. 217) observa que:

Se alguém se encontra privado de alimento e de outras coisas necessárias à sobrevivência, e só for capaz de preservar-se através de um ato contrário à Lei, como, por exemplo, durante uma grande fome obter pela força ou pelo roubo o alimento que não consegue com dinheiro ou pela caridade ou quando, em defesa da própria vida, arranca a espada das mãos de outrem, fica Eximido, totalmente, de culpa.

Hobbes (2000, p. 99) na obra **Leviatã** assim define o direito natural: “LEI DA NATUREZA (*Lex Naturalis*) é a Norma ou Regra geral, estabelecida pela Razão, que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir sua vida ou privá-lo ou fazê-lo omitir os meios necessários à sua preservação”.

A teoria de Hobbes se expressa por um contratualismo pessimista, já que o egoísmo do homem o leva a buscar a paz e desse modo o faz ascender ao estado civil subscrevendo com os demais um pacto por meio do qual se renunciam a seus direitos e liberdade, transferindo-os integralmente a um poder soberano. Assim, para Vigo (2008, p. 65), “surge o Estado absoluto hobbesiano que concluirá com o reino das paixões, a guerra e a liberdade natural, e imporá a ordem, a segurança e a razão. O soberano está por cima das leis positivas, que sua vontade se encarregou de produzir, seu poder é indivisível, exclusivo e excludente”.

O Estado na filosofia hobbesiana é encarregado de determinar o justo e o injusto, é coativo, por ser resultante do medo recíproco e tem como finalidade reprimir as forças destruidoras do homem em prol de sua sobrevivência.

Para Hobbes (2000) o Estado político seria explicado como produto de uma construção racional através da vontade expressa dos indivíduos. Entende que através do instinto de conservação, os homens recompõem a sociedade e, dentro de uma concepção realista, apresenta o Estado autoritário que absorve liberdades e direitos individuais. Acredita na monarquia absoluta, julga o ser humano um egoísta que, se não estivesse

subordinado a mandamentos e não temesse punições, agiria de acordo com seus impulsos negativos.

Assim, as relações mútuas entre proteção e obediência são o fundamento do sistema de Direito Natural em Hobbes: “Considerando que, ‘na criação de uma comunidade, o homem sujeita a sua vontade ao poder dos outros’, decorre daí que cada um dos membros do corpo político é chamado de SÚDITO (nominalmente) do Soberano” (SKINNER, 1996, p. 377).

O direito natural para Hobbes visa defender o máximo da soberania compatível com o mínimo de resistência, conforme entende Bobbio (1991, p. 140): “resolve-se na afirmação de que a obrigação de obedecer ao soberano é de direito natural; e que, uma vez constituído o Estado, não existe para os súditos, salvo em casos excepcionais e bem delimitados, outra obrigação natural (ou moral) além daquela de obedecer”.

Assim, na filosofia hobbesiana as leis naturais se identificam com as leis morais que incutem no ser humano o desejo de assegurar sua auto-conservação e defesa, por meio de uma ordem político-social garantida por um poder coercitivo absoluto.

Hobbes (2000, p. 5-7) estabelece a doutrina dos direitos divinos do soberano, onde o poder seria absoluto e não estaria sujeito ao poder eclesiástico, não acredita na democracia, mas defende a existência de grupos de representação – assembléias. Embora Hobbes seja defensor do poder absoluto, idealiza o pacto social, não estabelecendo contradição entre ambos. Pelo pacto social, os homens, desistindo de seu direito natural, submetem-se ao poder de um soberano, absoluto e irresistível, que não se submete a qualquer lei, visando apenas à salvação dos homens em sociedade, por garantir a paz.

Bobbio (1991, capa) salienta que:

o Estado forte e absoluto visaria não à eliminação do conflito e da competição, ‘selvagens’ e destruidoras do estado de natureza, mas à sua regulamentação permitindo assim a plena explicitação da sociedade burguesa de mercado, embora ‘absoluto’, o Estado hobbesiano teria limites precisos, justamente aqueles postos pelo respeito à ordem ‘privada’, constituída pela segurança da vida e da propriedade.

Dessa maneira, o pensamento hobbesiano influenciou diferentes concepções políticas e ideológicas, levando à construção do modelo liberal da sociedade e do Estado.

2.3.1.4 John Locke

A doutrina de Locke inicia-se por meio das teorias do estado da natureza e do contrato original, que fundamentam respectivamente a sociedade política e o governo civil. Bobbio (1992, p. 28-29) salienta que:

(...) o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além da de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais.

Locke entende que o estado da natureza está regulado pela razão, e que os direitos naturais subsistirão para fundar uma liberdade medida, sendo que o desejo do homem por uma maior segurança o faz constituir o Estado sem renunciar a seus direitos fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade. Assim, a função do Estado é garantir esses direitos individuais naturais e pré-estatais.

Na obra **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil** tem-se uma de suas maiores contribuições para a filosofia política – a teoria da monarquia constitucional – conforme observa Bobbio (2001, p. 115):

Um sistema político baseado, ao mesmo tempo, na dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre as duas funções do Estado, a legislativa e a executiva, bem como na correspondência quase perfeita entre essas duas funções – o poder legislativo emana do povo representado pelo parlamento; o poder executivo é delegado ao rei pelo parlamento.

A sociedade de Locke é uma sociedade igualitária na qual, todos têm igual direito moral, seu governo se funda no consentimento, porém consentir significa em submeter-se à decisão de uma maioria. Para Locke o povo é soberano.

Na obra **Ensaio sobre o entendimento humano** Locke não acredita na existência de leis inatas e apresenta sua tese que o conhecimento se baseia na experiência, conforme observa Bobbio (1997, p. 145): “Há uma grande verdade entre uma lei inata e uma lei da natureza, entre uma verdade impressa originalmente na alma e uma verdade que ignoramos, mas que todos podem conhecer, servindo-nos do modo justo daquela faculdade que recebemos da natureza”.

Em sua obra, **Segundo Tratado sobre o Governo Civil** (2006), Locke escreve uma obra para o cidadão na qual apresenta regras e técnicas a serem seguidas para se viver em um estado de paz na sociedade, afirma que o homem mesmo no estado de natureza, agressivo e selvagem, possui certos direitos exemplificados pelo da liberdade pessoal, o do trabalho e o da propriedade honesta. Entre os direitos do homem prescritos na teoria de Locke, merece destaque o direito a propriedade privada, da qual faz uma justificação anterior a toda convenção social. Baseia-se no valor do trabalho pessoal e é limitada pela sua capacidade de consumo, explica Locke (2006, p. 97 e ss) que se Deus deu a terra em comum aos homens, a razão pede que eles façam dela o melhor e mais cômodo uso; esta comodidade vai exibir certa apropriação individual, inicialmente, dos frutos, e depois da terra.

Com base no “contrato social”, Locke entende que os direitos naturais não só existem como podem ser conhecidos e devem obrigar condutas dentro das relações, pois, conforme comenta Bobbio (1997, p. 147): “tudo o que se ajusta a essa lei é um bem”.

Na filosofia de Locke, o direito natural é composto por leis naturais cognoscíveis pela razão e voltadas à proteção dos instintos naturais do homem, entre eles o instinto de conservação da vida e de procriação, propiciando assim uma melhor constituição da sociedade humana, familiar, civil, etc. Assim, Aragão (2001, p. 42) explica que para Locke:

o estado de natureza está regulado pela razão, e que os direitos naturais subsistirão para fundar a liberdade e não constituirão objeto de renúncia pelo contrato original. Em vez de desaparecerem, retirados pela soberania, subsistirão no estado da sociedade. Sendo a sociedade natural aos homens, existem direitos e obrigações decorrentes, tendo o governo a função de conciliador.

Locke entendia que o principal objetivo dos homens viverem em comunidades e se subordinarem a um governo era a preservação da propriedade. Assim, Oliveira observa (2008, p. 161) que:

(...) a sociedade civil constituída com o único objetivo de garantir dos direitos naturais dos indivíduos, ou seja, de preservar na sociedade o status quo que os mesmos possuíam no estado de natureza.

Assim sendo, a sociedade civil, alicerçada no consentimento expresso dos homens, é instaurada com este objetivo precípua: o de garantir a propriedade.

Locke no **Segundo Tratado sobre o Governo Civil** (2006, p. 97 e ss) a consagra a propriedade privada, própria da sociedade capitalista, e a divisão desta em classes antagônicas. A função do Estado consiste em salvaguardar os direitos naturais do indivíduo e, em particular, sua propriedade. Oliveira (2008, p. 161) explica que existem duas formas para se apropriar privativamente daquilo que anteriormente era propriedade comum no estado de natureza:

a primeira, constituída pela fase de apropriação ilimitada de bens perecíveis; a segunda, constituída pela apropriação ilimitada de bens convencionais. De tal modo, ainda no estado de natureza, os homens, quando de acordo com a apropriação ilimitada de bens, concordam, como assevera Locke, na desigualdade entre eles. Portanto, existem os que possuem em abundância e os que pouco ou nada possuem. Esta distinção entre proprietários e não proprietários, estabelecida na sociedade natural é levada a sociedade civil, constituindo-se, assim, uma sociedade com duas classes bens definidas.

Dessa concepção individualista burguesa, nasceu a moderna idéia do cidadão e de uma relação contratual entre os indivíduos, na qual a propriedade, a livre iniciativa econômica e uma margem de liberdades políticas e de segurança pessoal seriam garantidas pelo poder público. Bobbio (1994, p. 15) entende que:

Afirmção dos direitos naturais e teoria do contrato social, ou contratualismo, estão estreitamente ligados. A idéia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido (também esta é uma tese lockeana), e portanto sobre um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior e com aqueles que a quem esse poder é confiado, é uma idéia que deriva da pressuposição de que os direitos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição do soberano tem a principal função de permitir a máxima explicitação desses direitos compatível com a segurança social.

Os direitos inalienáveis do indivíduo à vida, à liberdade e à propriedade constituem para Locke o cerne do Estado civil. Bobbio (1992, p. 70) salienta que:

No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece no enunciado, por exemplo no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que ‘todos os homens nascem iguais em liberdades e direitos’, afirmação cujo significado tem é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: ‘os homens têm igual direito à liberdade’, os homens têm direito a uma igual liberdade.

Por fim, Bittar e Almeida (2001, p. 227) explicam que a originalidade da obra de Locke: “está em sua radical defesa dos direitos naturais, que não são inatos, mas de fácil apreensão pela razão e não podem ser desrespeitados pelo ‘estado civil’ que é instituído, exatamente, com o intuito de assegurar sua proteção”.

2.3.1.5 Rousseau

Nas obras **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens** (1999) e **Do Contrato Social** (2005), entende Rousseau que a ordem social, indispensável ao Estado, não tem suas raízes na natureza, mas se fundamenta numa livre convenção. Assim, a vontade geral é a última instância em todas as decisões concernentes à lei, é a vontade constante de todos os membros da sociedade, dos cidadãos livres (ROUSSEAU, 2005). A lei é a expressão da vontade geral e a liberdade rousseauiana consiste em submeter-se a lei criada pela vontade geral o que implica submeter-se a si mesmo e não a uma vontade particular.

Na filosofia rousseauiana existia o homem da natureza, fora do estado social. Esse homem tinha direitos tirados da natureza, direitos naturais, que eram inalienáveis e imprescritíveis. O estado da natureza de rousseauiano, não era o estado de guerra idealizado por Hobbes, mas era, ao contrário, um estado de paz. Dessa forma, Rousseau

propõe uma nova forma associativa na qual os homens entendendo que recuperariam as vantagens que gozavam no estado natural, celebrariam o contrato social, transferindo seus direitos naturais ao Estado em troca dos direitos civis. Essa passagem do estado natural ao estado civil ocorre por meio da vontade geral que mediante a lei devolve os direitos subjetivos inatos transformados em direitos civis, ou seja, os direitos naturais tutelados pelo Estado. Não haveria, assim, renúncia à liberdade, pois tal ato “não se compadece com a natureza do homem” (ROUSSEAU, 2005, p. 27). Assim, Rocha (2007, p. 72-73) observa que a liberdade não garante a igualdade entre os homens:

Ao contrário, alcançada politicamente a igualdade material, pela vontade geral popular, a liberdade poderá ser uma realidade para todos. Em contraposição a “Estado mínimo” de Locke, Rousseau é um dos precursores do Estado “intervencionista”. Este deve intervir na vida social, política e economicamente, visando resgatar a igualdade material entre os homens, condição primeira para efetiva condição de liberdade. Obviamente, isto não significa que Jean-Jacques Rousseau defenda um Estado autoritário, mas uma “democracia popular” que comece a priorizar a distribuição mais equidistante da riqueza social e que questione os privilégios de certas elites.

Na filosofia rousseuniana, o Estado ideal deveria ser resultante de um pacto entre os indivíduos, conforme explica Francisco (2008, p. 261-262), Rousseau inovou: “ao conceber o pacto de fundação da autoridade política ocorrendo não entre o chefe e o povo, mas entre os próprios homens. Desse pacto, por sua vez, em lugar de resultar a submissão do povo ao rei, resultará a constituição do próprio ‘povo’”.

A soberania inalienável e indivisível, para Rousseau reside no corpo social e consiste no exercício da vontade geral expressa nas leis. Diferentemente de Montesquieu, a filosofia rousseuniana não traz a divisão dos três poderes, sendo o poder legislativo correspondente do corpo social, sujeito da soberania. Diante da indagação de que se o governo encarregado do exercício do poder executivo tem apenas a função de mandatário ou de comissionado do povo soberano, Vigo (2008, p. 97) explica que é: “Um corpo intermediário, estabelecido entre os vassalos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis, e da manutenção da liberdade tanto civil como política”.

Portanto, a soberania estatal, tem origem diretamente vinculada ao Povo, característica essencial do contratualismo rousseauiano; sendo a lei produto da vontade geral a qual tem como função proteger o cidadão, integrando-o na sociedade.

2.4 Primeira Geração de Direitos do Homem: Os Direitos Individuais

Os direitos de primeira geração surgiram com o Estado Liberal do século XVIII tendo como marco principal, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Revolução Francesa, pois afirmava-se que o homem tem direitos naturais que são anteriores a instituição do poder civil e, dessa maneira, devem ser reconhecidos e protegidos. Antes das declarações havia a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sim, de deveres, a começar pela obrigação de obediência às leis, ou seja, às ordens do soberano (A Era dos Deveres). Assim, os códigos morais e jurídicos foram desde a antiguidade até a Revolução Francesa conjuntos de regras que estabelecem apenas deveres para os indivíduos, e não direitos. Dessa maneira, com os direitos de primeira geração, se estabelece conforme observa Avelar (2009, p. 94): “um campo de impossível ingerência do Estado. Existe aqui um puro domínio particular, onde o indivíduo é livre e senhor de si; há uma barreira de proteção do indivíduo contra o Estado. Exige-se, pois, a abstenção do Estado à intromissão na seara privada”.

O termo direitos individuais foi utilizado pelos franceses e americanos e pode ser assim conceituado:

Direitos individuais correspondem a direitos do indivíduo. São os direitos inerentes à individualidade humana ou à individualidade social: direitos fundamentais ou constitucionais; direitos da pessoa ou do cidadão; direitos que não resultam da vontade particular, por atos ou contratos, mas da própria existência na espécie, na sociedade e no Estado (BARRETO, 2006, p. 243).

Dessa maneira, na Primeira Fase dos Direitos do Homem, a partir do século XVIII visualiza-se o início da Primeira Geração de Direitos do Homem, que representam os direitos civis e políticos, conforme Lafer (2001, p. 126) explica: “São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”.

Guerra (2008, p. 165) explica que os direitos civis referem-se as: “garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um”.

Por sua vez, os direitos políticos para Guerra (2008, p. 166), tratam da questão de: “votar e ser votado, ao lado dos quais se reúnem outras prerrogativas que decorrem daquele status como o direito de postular um emprego público, de ser jurado, de prestar serviço militar e até de ser contribuinte”.

Os direitos civis e políticos representam a liberdade do homem contra o poder absoluto do Estado, sendo essa liberdade denominada por Bobbio (2000, p. 49) na obra **Igualdade e Liberdade** como liberdade negativa entendida como: “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos”. E, posteriormente Bobbio complementa que: “consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido jurídico, permitem ou não proíbem (e, enquanto tal permitem não fazer)”.

A Primeira Geração dos Direitos do Homem refere-se à liberdade negativa que objetiva controlar e limitar os poderes do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais. Assim, direitos civis e políticos seriam direitos oponíveis ao Estado, cabendo a este não interferir na efetivação desses direitos.

A não interferência estatal na vida do indivíduo faz com que possa tomar decisões sem ser influenciado pelos demais. Esse tipo de liberdade é denominado por Bobbio (2000, p. 51) como liberdade positiva, pois indica:

a presença de algo, ou seja, a presença de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido. Na verdade, costuma-se chamar de liberdade também essa situação, que poderia ser chamada mais apropriadamente de autonomia, na medida em que, em sua definição, faz-se referência na tanto ao que existe mas ao que falta, como quando se diz que autodeterminar-se significa não ser determinado por outros, ou não depender dos outros para as próprias decisões, ou determinar-se sem ser, por sua vez, determinado.

O surgimento dos direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado absolutista predominante na época, e que oprimia o indivíduo, relaciona-se à ascensão da burguesia, decorrente da Revolução Francesa, e da instauração do Estado liberal, como pensa Bonavides: “O primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa.

Liberdade, igualdade e fraternidade expressam os três direitos que vão sincretizar a natureza do novo cidadão.

Acrescenta Lafer (2001, p. 126-127):

São direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício - é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito - pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro, (...) e, (III) quanto ao titular do direito, que é o homem individual na sua individualidade.

Fundados na filosofia iluminista liberal, os direitos do homem de primeira geração são resultantes das lutas da burguesia revolucionária, contra o despotismo dos antigos Estados absolutistas, e se expressam como direitos civis e políticos, ou direitos individuais atribuídos a uma pretensa condição natural do indivíduo.

Partindo desse contexto histórico, Bobbio (1992, p. 62) afirma que a doutrina dos direitos do homem:

desde seu primeiro aparecimento no pensamento políticos dos séculos XVII e XVIII, já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações, limitações. Embora a meta final de uma sociedade de homens livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás.

Dessa maneira, o que caracteriza a conquista e a segurança necessária para a preservação dos direitos do homem é o processo de sua positivação em Constituições Estatais e em acordos, tratados e convenções internacionais.

A filosofia individualista do liberalismo fundamenta os direitos de primeira geração, sob a influência, dentre outros pensadores, das concepções de Locke, conforme entende Bobbio (1994, p. 15):

A idéia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido (também esta é uma tese lockeana), e, portanto sobre um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior e com aqueles a quem esse poder é confiado, é uma idéia que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição de um soberano tem a principal função de permitir a máxima explicitação desses direitos compatível com a segurança social.

Assim, o indivíduo precede o Estado e o governo, portanto, é para os indivíduos, e não o contrário. O governo deve limitar-se a garantir os direitos civis e políticos e não interferir na atividade econômica, onde cada indivíduo ao perseguir seus interesses individuais estaria contribuindo para o interesse coletivo pela ação da “mão invisível” de Adam Smith, isto é, a liberdade de mercado.

O liberalismo conforme explica Marcelo Perine (2004, p. 79) produziu:

um novo artefato social e cultural, chamado “indivíduo”, cuja característica mais marcante consiste em raciocinar única e exclusivamente na primeira pessoa do singular, tendo como critério último para as ações as próprias preferências no que se refere à satisfação das necessidades e ao apaziguamento dos desejos.

No século XIX enquanto a burguesia constituía o seu Estado liberal e a economia avançava para modelos produtivos industriais, se teve o nascimento do proletariado, como conseqüência da concentração de trabalhadores em uma mesma unidade de produção.

Diante de um Estado indiferente a opressão dos trabalhadores pela burguesia, o uso amplo da liberdade individual criou enormes injustiças sociais, expressos no conflito entre o trabalho e o capital. Assim, o liberalismo entrou em crise e com fim da I Guerra Mundial, surgiram os estados totalitários fascistas que buscavam realizar a justiça social, que o liberalismo não cogitara. Contrariamente a esse objetivo, sob o pretexto de realizar a justiça social desprezada pelo liberalismo se teve a opressão política e a abolição das liberdades públicas

A igualdade proclamada na Declaração de 1789 aparece como uma expressão formal. É o resultado da conquista de direitos iguais, pois para a burguesia ascendente, era fundamental que todos os indivíduos, sem exceção, pudessem ser considerados sujeitos de direitos, sendo a lei a única expressão capaz de proteger e reconhecer os direitos para todas as pessoas, independentemente de sua posição social, econômica, política; da sua idade, sexo, cor, religião etc, não poderia mais garantir os privilégios. A lei é igual para todos, portanto, a igualdade não é real, mas apenas formal.

O direito à liberdade, também aparece como uma expressão formal. Se para o povo era uma conquista a liberdade dos grilhões feudais que o prendia à terra ou aos estatutos de fidelidade aos seus superiores, para a burguesia era primordial a liberdade dos trabalhadores de vender sua força no mercado de trabalho. Para os proprietários dos meios de produção era essencial defender os princípios da liberdade de locomoção, da liberdade mercantil destituída de tributos feudais e das ameaças da nobreza e do clero.

O direito de liberdade expresso no contratualismo individual representava o livre exercício das atividades econômicas sem as limitações impostas à produção e à circulação das mercadorias. Nesse sentido é que a liberdade estaria ligada ao direito de propriedade.

Nas sociedades européias do século XIX, além das crescentes lutas sociais urbanas, cujos principais protagonistas eram a classe operária, a burguesia industrial e o Estado liberal não-intervencionista, têm-se o desenvolvimento da crítica social, das idéias socialistas, bem como da própria organização sindical e política da classe operária e das outras classes populares.

Para impedir o exercício arbitrário e ilegítimo do poder a doutrina liberal utilizou-se de alguns mecanismos constitucionais, tais como o da separação dos Três Poderes, conforme entende Bobbio na obra **Liberalismo e Democracia** (1994, p. 19):

1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação de constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em graus com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político.

Para o liberalismo contemporâneo somente o mercado pode resolver o problema da produção e distribuição de riquezas. Contudo, o liberalismo avesso aos direitos sociais e ao *welfare state* (*estado de bem-estar social*), não resolveu a desigualdade social, econômica e política.

Dessa maneira, a classe trabalhadora exigiu uma maior participação do Estado no sentido de possibilitar as conquistas sociais, culturais e econômicas, sobretudo, as oriundas da regulamentação trabalhista e previdenciária. Neste momento da segunda fase tem-se a passagem da primeira geração para a segunda geração de direitos do homem.

2.5 O Fundamento Jusnaturalístico da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

A Revolução eclodida na França, em 1789, trouxe uma grande mudança semântica no significado moderno da palavra revolução, uma vez que da Revolução Francesa em diante, o termo adquiriu seu significado atual no discurso político, histórico, filosófico, conforme explica Bobbio na obra **Teoria Geral de Política** (2000b, p. 606): “o significado predominante de “revolução” é aquele de mudança radical não apenas do sistema político mas também do sistema global de sociedade”. Avelar (2009, p. 93) entende que outra contribuição da Revolução Francesa foi o surgimento dos direitos fundamentais que: “evoluíram com o correr dos tempos, o que permite seu estudo de acordo com as etapas históricas em que foram esculpidos. Fala-se, assim, em direitos do homem de 1ª, 2ª e 3ª gerações”. Dessa forma a expressão revolução começou a designar uma renovação completa das relações de poder que compõem a estrutura da sociedade.

Em 26 de agosto de 1789, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Os debates que antecederam a aprovação ocorreram em dois momentos, conforme observa Bobbio (1992, p. 85):

De 1º a 4 de agosto, discutiu-se se devia proceder a uma declaração de direitos antes da emanação de uma Constituição. Contra os que consideravam inútil e contra os que consideravam útil, mas devendo ser adiada, ou útil somente se acompanhada de uma declaração de deveres, a Assembléia decidiu, quase que por unanimidade, que uma declaração dos direitos – a ser considerada, segundo as palavras de um membro da Assembléia inspiradas em Rousseau, como ato da constituição de um povo – devia ser proclamada imediatamente e, portanto, preceder a Constituição. De 20 a 26 de agosto, o texto pré-selecionado pela Assembléia foi discutido e aprovado.

Assim, a Assembléia Nacional francesa promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, entendidos pela primeira vez como direito do homem e caracterizados como naturais, imprescritíveis e inalienáveis. O principal autor da Declaração foi o Marquês de Lafayette em colaboração de Thomas Jefferson.

Emerson Garcia, no estudo introdutório, da obra **Exposição Refletida dos Direitos do Homem do Cidadão**, de Abade Sieyès (2008, p. 13), explica que:

A Declaração a partir de concepções jusnaturalísticas, reconhece a existência de direitos e liberdades individuais de natureza inata, decorrentes da só condição humana. São verdadeiros direitos de defesa, que impõem limites à atuação estatal e consubstanciam a primeira das dimensões ou gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente.

O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 do *bill of rights* dos Estados Unidos. Conforme Comparato (2007), os americanos, em regra, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que levar a idéia de liberdade a outros povos. Na realidade, o sentido que atribuíam à sua *revolution* era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica.

Os revolucionários franceses de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros. Nos debates da Assembléia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, multiplicaram-se as intervenções de parlamentares nesse sentido. Pétion, ex-prefeito de Paris, considerou normal que a Assembléia se dirigisse a toda a humanidade, declarando não se tratar de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral (RIALS, 1988).

O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o objeto da sua missão (Preâmbulo, 1789).

Comparato (2007, p. 134) cita Duquesnoy, quando esse explicou, com toda a clareza, a razão do caráter universal da declaração que ia ser votada:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as

leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.

Muito se discutiu sobre a razão da dupla menção, ao homem e ao cidadão, no título da Declaração. A explicação mais razoável parece ser a de que os homens de 1789 não se dirigiram apenas ao povo francês, mas a todos os povos, e concebiam, portanto, o documento em sua dupla dimensão, nacional e universal. Dessa forma, as disposições mais importantes da Constituição de 1791 fazem a clara distinção entre os ‘direitos do homem’, independentemente de sua nacionalidade, e os ‘direitos do cidadão’, inerentes apenas aos franceses.

O título da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão traz duas perspectivas para os indivíduos. A primeira refere-se ao homem como titular de direito inatos e a segunda trata do cidadão como titular de direitos de participação sócio-política. A primeira perspectiva antecede o Estado, ao passo que a segunda o pressupõe.

O reconhecimento dos direitos do homem antecede a própria ordem constitucional. É uma preliminar à sua elaboração. Esse reconhecimento reflete a base axiológica que fundamenta e confere coesão à ordem jurídica. O marco histórico mais importante da fase dos Direitos Natos Universais é o artigo 1º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que expressa: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Na filosofia bobbiana, as declarações, à priori, nasceram como teorias filosóficas. O primeiro artigo explica que: “os homens nascem livres e iguais em direitos”, o que significa que “os homens são livres e iguais por natureza” (BOBBIO, 1992, p. 93), o que foi prescrito quase que literalmente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

No que se refere ao fundamento jusnaturalista da Declaração, Prujel (2004, p. 133) esclarece que:

A Declaração tem uma claríssima inspiração jusnaturalista, fundamentalmente rosseauiana. Os contribuintes declamam expressamente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, incursionando francamente a concepção liberal anglosaxônica das liberdades públicas.

Rousseau abre a obra **Do Contrato Social** (2005, p. 53) afirmando: “O homem nasce livre e por toda parte encontra-se a ferros”. A partir desta Declaração se estabelece sobre os direitos do homem, ao contrário das anteriores que tratavam somente de deveres. Assim, a partir desta Declaração temos o surgimento moderno dos Direitos do Homem e do Cidadão. Sobre a importância da Declaração na história dos direitos do homem, Ortiz (2005, p. 17) observa que: “A história própria se inicia com a proclamação da Declaração dos direitos do homem e do cidadão e a abolição dos privilégios feudais em 1789”.

Segundo Bobbio, a partir das Declarações de Direitos dos Estados norte-americanos e da Revolução Francesa fundou-se uma nova concepção de Estado que não é mais absoluto e sim limitado, não mais um fim em si mesmo e sim meios para alcançar fins. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi geradora de outras declarações.

Desse modo, temos o abandono da teoria política tradicional (modelo aristotélico), através da qual a relação política era considerada *ex parte principis*; isto é as relações políticas pressupunham necessariamente relações hierárquicas desiguais e subordinadas entre superiores e inferiores. Em seu lugar, institui-se o princípio da *ex parte civium* através do qual as relações políticas estão fundadas no pressuposto dos direitos naturais do homem por meio dos quais o indivíduo nasce independente de laços sociais previamente dados.

Para o abade Sieyès, “os direitos (inatos) de todo homem, seriam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, que coexistiriam com o direito de participação política, este último próprio do cidadão. Daí se falar em direitos do homem e do

cidadão” (GARCIA, 2008, p. ix). Nesta condição, não está limitado quer por um poder que lhe é superior, quer pelo constrangimento de leis positivas. Sobre as raízes destes pressupostos nasceu a concepção moderna individualista da sociedade e da história.

É importante observar que para as mulheres era vedado o exercício da cidadania e o voto era censitário, pois somente podia ser exercido por aqueles que recolhessem tributos, contribuindo para a manutenção do Estado. Desse modo, tem-se a idéia de cidadania abstrata e restrita, sem vínculo com a comunidade política, social e econômica.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão referia-se somente ao homem, ou seja, à pessoa do sexo masculino. As mulheres não tiveram seus direitos reconhecidos. Olympe de Gouge, revolucionária francesa juntamente com milhares de mulheres, elaborou uma Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã que foi rejeitada por unanimidade, pela Assembléia Nacional Francesa, em 1791. A proponente foi, posteriormente, levada à guilhotina no período do Terror. Gouge participou ativamente da Revolução Francesa, mobilizou as mulheres, fundou vários clubes femininos, que objetivavam a igualdade de direitos entre os sexos, o acesso à educação e ao divórcio. Protestou contra o modelo de cidadania criado pelos homens que excluía as mulheres, as crianças e os doentes mentais (KELLY, 2004). Ainda, nos séculos XIX e XX, a luta das mulheres para erradicar a discriminação e alcançar a cidadania e a titularidade de direitos civis e políticos levou a Declaração de sentimentos proclamada pela primeira Convenção Nacional de Mulheres que ocorreu no dia 20 de julho de 1848, em *Seneca Falls*, uma aldeia ao norte dos Estados Unidos, quando “Elizabeth Stanton e uma centena de mulheres acompanhadas de alguns maridos, pais, irmãos anunciaram ao mundo sua decisão de assumir-se como seres iguais aos homens em direitos” (ORTIZ, 2005, p. 27).

Uma das polêmicas sobre a Revolução Francesa ocorreu entre os pensadores Paine e Burke. Paine, em uma de suas viagens ao interior da Inglaterra com o objetivo de encontrar

apoio para seu projeto de ponte, esteve em companhia de Edmund Burke. Naquela ocasião havia muita empatia. Burke publicara em 1770 a obra *Thoughts on the Causes of the Present Discontents*, no qual expressava que a autoridade era corrupta e arbitrária, fez campanha no Parlamento pelo impeachment de Warren Hastings e denunciara depredação realizada pela Companhia das Índias Ocidentais contra as populações oprimidas da Índia. Burke escreveu no início dos anos 1780, *Speech of a Negro Code*, contra o comércio de escravos. Foi contrário à proposta de conceder assento aos senhores de escravos norte-americanos em *Westminster* e defendeu veementemente os direitos dos colonos norte-americanos. Burke mostrou-se um grande incentivador da independência da América, bem como simpatizante da causa e da cultura índias (HITCHENS, 2007, p. 57).

Paine antes de chegar à França, participou ativamente da revolução norte-americana, e acreditava ser esta o início do desenvolvimento da francesa; isto porque, conforme explica Bobbio (1992, p. 89): “idênticos eram os princípios inspiradores, bem como seu fundamento, o direito natural; idêntico era o desfecho, o governo fundado no contrato social, a república como governo que rechaça para sempre a lei da hereditariedade, a democracia como governo de todos”.

A 9 de Agosto de 1789, três semanas após a Tomada da Bastilha, Burke pela primeira vez se posicionou contra os princípios da Revolução, fazendo com que seus opositores, como Marx (1988, p. 878) viessem a criticá-lo:

Esse sicofanta, que a soldo da oligarquia inglesa bancou o adversário romântico da revolução francesa, do mesmo modo que, a soldo das colônias norte-americanas, no início dos tumultos que lá se desencadearam, desempenhou o papel de liberal contra a oligarquia inglesa, não passava de um burguês ordinário e completo.

Em sentido contrário ao pensamento de Paine, Burke entendia que a Revolução Gloriosa da Inglaterra de 1688 estabeleceu um relacionamento harmonioso entre a monarquia e o povo, e todos passaram a conhecer seu lugar. Qualquer nova interferência nesse aspecto

seria considerada como uma profanação. Por sua vez, Paine defendia o que direito do povo de alterar seu governo era inerente e inalienável.

Em 9 de Fevereiro de 1790, Burke anunciava uma análise da Revolução Francesa. Em novembro de 1790, Burke publica a obra **Reflexões Sobre a Revolução em França** interpretando a revolução de 1688, e comparando-a com os acontecimentos revolucionários em França. Assim, Christopher Hitchens (2007, p. 56) explica que: “É óbvio que, pela surpresa que expressou diante do tom de Reflexões Sobre a Revolução em França, Paine sentia-se traído”.

Desse modo, Thomas Paine, pensador inglês incentivador da independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, escreve, em 1776, um dos mais importantes textos em defesa dos colonos americanos: **Direitos do Homem**, que é uma vigorosa defesa dos acontecimentos parisienses, dirigida contra as **Reflexões Sobre a Revolução em França**, de Burke, que ataca a Revolução Francesa desde a sua primeira fase.

Bobbio (1992, p. 87) explica que a obra **Os Direitos do Homem**, de Thomas Paine, é: “a primeira defesa ampla, historicamente documentada e filosoficamente argumentada da Declaração”. **Os Direitos do Homem** representa uma tentativa de unir as idéias das Revoluções Norte-Americana e Francesa, bem como divulgar os ideais delas na Inglaterra.

Na primeira parte dos **Direitos do Homem**, Paine apresenta uma versão dos fatos que tornaram inescapável a decadência da monarquia. A obra é iniciada com críticas a Burke (2005, p. 27), que tenta fazer uma comparação entre as constituições inglesa e americana:

Como o Sr. Burke aplica o veneno extraído de seus horrendos princípios (se na constituir uma profanação denominá-los princípios) não somente à naca inglesa, como também à Revolução Francesa e à Assembléia Nacional, e ataca esse augusto, esclarecido e esclarecedor corpo de homens com o epíteto de usurpadores, eu exibirei, *sans cérémonie* um outro sistema de princípios em oposição ao dele.

A seguir, Paine (2005, p. 101) critica o princípio da hereditariedade, pois a idéia de um soberano hereditário era absurda por colocar o país no risco eminente de ser governado por um imbecil (a loucura do rei Jorge III forneceu-lhe fundamento para fazer tais afirmações):

Admitindo que o governo é um instrumento da sabedoria humana, se concluirá necessariamente que a sucessão hereditária e os direitos hereditários (como são denominados) não podem fazer parte dele, porque é impossível tornar hereditária a sabedoria; e, por outro lado, que não é capaz de ser um instrumento sábio o que em sua atuação pode confiar o governo de uma nação à sabedoria de um idiota.

Paine justifica os direitos do homem através da religião, isto é, seria preciso "transcender a história e chegar ao momento da origem, quando o homem surgiu das mãos do criador" (BOBBIO, 1992, p. 88). Dessa forma, antes de ter direitos civis, o homem teria direitos naturais, e estes seriam fundamento daqueles.

A Revolução Francesa foi o marco de uma nova Era dos Direitos, pois ocorreu a transformação dos súditos em cidadãos com a possibilidade para a intervenção política por meio das eleições, que permitiriam aos cidadãos concorrer às eleições ou eleger seus representantes. Entretanto, deve-se observar que nos debates para a redação da Constituição, os mesmos deputados que fizeram a Declaração demonstraram sua rejeição à igualdade política, ao decidirem que o direito ao voto seria "censitário", contra a esquerda jacobina, que era favorável ao direito de voto universal. Trindade (2002, p. 57-58) explica que:

Já em julho de 1789, Sieyès distinguia os cidadãos ativos que desfrutariam dos direitos políticos completos, e os cidadãos passivos, que só teriam direitos naturais e civis. Em 29 de setembro, o comitê de constituição aceitava a distinção que pedia o pagamento de um imposto direto igual a pelo menos o valor de três dias de trabalho para obter a qualificação de cidadão ativo. (...) Foram igualmente excluídos do direito de voto os criados assalariados e os insolventes. Para elegibilidade às assembleias locais, admitiu-se o pagamento de um imposto de dez dias de trabalho; para elegibilidade à Assembleia Nacional, a taxa foi fixada em marcos de prata, mas também se exigia uma propriedade fundiária. O marco de prata foi finalmente abolido em 27 de agosto de 1791, como resultado de uma violenta campanha dos jornais democráticos contra a 'aristocracia dos ricos'. (...) Nesta data, a França contava com 4.298.360 cidadãos ativos, em 24 milhões de habitantes.

No Estado liberal foi abolido o entendimento de que a finalidade do Estado era assegurar a felicidade dos súditos. Na Declaração de 1789, não aparece entre os objetivos alcançar a felicidade (a expressão aparece somente no Preâmbulo). Os constituintes

americanos relacionaram os direitos do indivíduo ao bem comum da sociedade. Os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos. Bobbio (1992, p. 90) ao comparar as duas revoluções entende que:

Ambas as Declarações partem dos homens considerados singularmente; os direitos que elas proclamam pertencem aos indivíduos considerados um a um, que os possuem antes de ingressarem em qualquer sociedade. Mas, enquanto a “utilidade comum” é invocada pelo documento francês unicamente para justificar eventuais “distinções sociais”, quase todas as cartas americanas fazem referência direta à finalidade da associação política, que é a do *common benefit* (Virgínia), do *good of whole* (Maryland) ou do *common good* (Massachusetts)

Martinez (1998, p. 806) explica que para Bobbio:

não cabe dúvida de que a idéia de uma declaração como base do texto constitucional é de origem norte-americana. Uma breve análise das explicações dos projetos de declaração apresentados pelos constituintes franceses assim se demonstra. Porém não se observa uma semelhança no que se refere ao conteúdo. As declarações, ainda pertencendo a tradição do Direito natural, apresentam diferenças, das que Bobbio destaca como mais importantes: as referentes a felicidade do homem nas declarações americanas, e o teor mais marcadamente individualista dos textos franceses.

Numa época onde predominava o jusnaturalismo, segundo o qual os homens teriam direitos naturais anteriores à formação da sociedade política, os quais o Estado deveria reconhecer e garantir como direitos do cidadão.

Na Declaração se afirma os direitos naturais sobressaindo à liberdade. Os direitos naturais são aqueles que cabem ao homem em virtude de sua existência. É o jusnaturalismo moderno que influencia a doutrina liberal. Portadores de direitos naturais e individuais, os cidadãos podem, a partir deste momento, viver em sociedade e instituir um governo. É neste momento histórico que, de acordo com Bobbio na obra **Estado, Governo e Sociedade** (2001, p. 62-63), ocorre a inversão da perspectiva de relação política Estado-cidadão, geralmente considerada uma relação entre superior e inferior, onde um tem o direito de comandar e outro tem o dever de obedecer e que é tratado normalmente do ponto de vista do governante *ex parte principis*, ou do governado *ex parte populi*. Dessa forma, a sociedade é entendida como um produto voluntário dos indivíduos, que de acordo comum decidem viver em sociedade e instituir um governo.

Segundo Bobbio (1992, p. 4), a afirmação da existência de direitos naturais do homem no plano histórico deriva da inversão desta perspectiva Estado/cidadão, quando temos a emergência do Estado moderno:

A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais vai se afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais, fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal (...).

Mediante o aparecimento de uma nova ordem social, na qual são todos formalmente iguais e livres, são extintos os privilégios das classes dominantes, o clero e nobreza. A sociedade estamental cede espaço ao Estado moderno e ao surgimento do modelo individualista de sociedade. Os direitos do homem passam a ser garantidos formalmente, através de Declarações de Direitos, e o homem a possuir direitos e não mais apenas deveres (LAFER, 2001 e BOBBIO,1992).

Os instrumentos normativos referentes ao direito do homem e do cidadão não desapareceram mesmo na era do positivismo jurídico, como ainda continuaram a se ampliarem com novas exigências, englobando direitos sociais, elevando seu campo de validade dos estados particulares para o sistema internacional.

Hamon, Troper e Burdeau citados por Emerson Garcia no Estudo Introdutório da **Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão** do Abade Sieyès (2008, p. 13) explicam que:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a partir de concepções jusnaturalísticas, reconhece a existência de direitos e liberdades individuais de natureza inata, decorrentes da só condição humana. São verdadeiros direitos de defesa, que impõem limites à atuação estatal e consubstanciam a primeira das dimensões ou gerações de direitos fundamentais, as quais, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente. Em verdade, os “direitos dos novos se cobrem do prestígio dos antigos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão constitui-se a origem da Constituição francesa aprovada em 1791, e com importantes acréscimos em relação àquela. Esta Constituição reconheceu pela primeira vez na história, a existência de direitos do homem

de caráter social, e em seu penúltimo parágrafo previu a criação de um estabelecimento geral de Assistência Pública para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres que não tinham podido encontrá-lo.

No último parágrafo, determinou-se a organização de uma 'Instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens'. É importante observar ainda que a primeira Constituição francesa determina que "o Poder Legislativo não poderá fazer lei alguma que prejudique ou impeça o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição".

Lafer (2005, p. 35-36) observa que: "No jusnaturalismo racionalista e secularizado que inspirou o constitucionalismo, os direitos eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente".

Por fim, o jusnaturalismo inspirou o constitucionalismo no qual ocorre a positivação dos direitos do homem, conforme se verificará no próximo capítulo.

2.6 A Influência das Idéias Iluministas no Brasil: A Inconfidência Mineira (1789)

As idéias iluministas propagaram-se no século XVIII da Europa, sobretudo, a partir da filosofia francesa e teve grande influência na Independência das 13 colônias inglesas na América do Norte, que não só romperam com a metrópole, mas, ainda, criaram uma nação soberana, republicana e federativa. O legado universal da Declaração Francesa de 1789 foi sua influência nos movimentos de independência das colônias hispano-americanas. Ortiz (2005, p. 24) explica que: "Suas implicações também foram decisivas na ruptura dos bloqueios comerciais que giravam em torno das metrópoles da Inglaterra, Espanha e Portugal durante os séculos XVI e XVII na América, África e Oriente Médio". Assim, as idéias iluministas e a vitória dos colonos norte americanos frente a Inglaterra serviu de exemplo e

estímulo para a Inconfidência Mineira e outros movimentos emancipacionistas na América, conforme Resende (1986, p. 42) observa:

Foi nas idéias liberais dos pensadores franceses Voltaire, Rousseau, Abade Raynal, e na vitória da Revolução de Independência das 13 Colônias da América, realizada sob a influência das mesmas idéias, que os conjurados mineiros encontraram inspiração ideológica e o modelo do Estado que sonharam criar. Assim, a França foi a origem das idéias políticas e os Estados Unidos, o modelo concreto da prática das idéias. Liam-se filósofos franceses e se estudava a história da Independência das 13 Colônias Inglesas da América.

Nessa época, estudantes brasileiros foram estudar na Europa, onde tiveram contato com as idéias liberais. José Joaquim Maia estudou na França em 1786 com o pseudônimo Vendek, enviou uma correspondência a Thomas Jeferson, Embaixador dos Estados Unidos na França pedindo apoio para a independência do Brasil, obtendo uma entrevista pessoal sobre a questão. Resende (1986, p. 35) explica que: “José Joaquim Maia, passou ano e meio, na Inglaterra estudando técnicas manufatureiras, comprando relatos da independência das 13 Colônias Inglesas da América e discutindo a possibilidade de independência do Brasil com negociantes ingleses amigos”. Os estudantes brasileiros ao voltarem para a colônia traziam não só os ideais de Locke, Montesquieu e Rousseau, bem como uma percepção da crise do Antigo Regime, representada pela decadência do absolutismo e pelas mudanças que se processavam em várias nações. Dessa maneira os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade expandiram sua fronteira para lugares distantes, conforme Francisco (2008, p. 250) observa: “Foi nessa medida, por exemplo, que a nossa própria Inconfidência Mineira recebeu influência da Revolução Francesa e de Rousseau”.

Os inconfidentes geralmente pertenciam a alta sociedade mineira. Os que mais se destacaram foram Cláudio Manoel da Costa, Tomás Antônio Gonzaga, Inácio José Alvarenga, José de Oliveira Rolim e o alfares Joaquim José da Silva Xavier.

Os inconfidentes além de uma República independente com base na Constituição norte-americana planejavam que a capital seria em São João Del Rei, criariam uma Casa da Moeda, fixariam uma taxa de câmbio, se implantariam indústrias, se incentivaria a exploração

de minérios, Vila Rica seria a sede de uma Universidade, se permitiria o pagamento de dízimos aos padres, os escravos e mulatos seriam libertados, sem indenização aos seus senhores. Leminski (1994, p, 58) acrescenta que:

A bandeira da República seria composta por um triângulo, representando a Santíssima Trindade (sugestão de Joaquim José da Silva Xavier), onde estaria escrito, conforme sugeriu Alvarenga Peixoto, um verso do poema latino Virgílio: *Libertas quae sera tamen*, "Liberdade ainda que tardia.

A Revolução não chegou a se realizar, pois alguns de seus participantes denunciaram o movimento, em troca do perdão de suas dívidas. O governador - visconde de Barbacena - suspendeu a derrama e iniciou a prisão dos conspiradores. Tiradentes assumiu integralmente a responsabilidade pela conspiração, sendo enforcado em 21 de abril de 1792, no Rio de Janeiro. Outros conspiradores foram condenados ao desterro e Cláudio Manuel da Costa foi assassinado pelos carcereiros na prisão, embora, alguns historiadores acreditem que ele tenha se enforcado.

CAPÍTULO 3

A SEGUNDA FASE DOS DIREITOS DO HOMEM: DIREITOS POSITIVOS

PARTICULARES - CONSTITUCIONALISMO

3.1. O Constitucionalismo

Embora o jusnaturalismo tenha inspirado o constitucionalismo, os direitos do homem não são inatos à natureza humana, pois resultam de lutas históricas pela libertação e emancipação do homem, que desencadearam as declarações de direitos firmadas em diferentes épocas da história da humanidade. Rivas (2000, p. 146-147) explica que:

É certo que os direitos humanos, do ponto de vista jurídico de incorporação ao direito positivo, nascem com a modernidade, isto é, com o aparecimento do capitalismo impulsionado pelos fenômenos culturais ao estilo do Renascimento, a Reforma Protestante, o Humanismo, o descobrimento da América, ainda deve conhecer-se que há casos de positivação destes direitos antes de tal época histórica; porém resulta inegável que a filosofia jurídica, moral ou política em torno dos direitos humanos, já se havia aparecido na antiguidade greco-romana, o mesmo que durante a Idade Média, como resposta conceitual às lutas sociais lideradas ocorridas entre explorados e exploradores, pobres e ricos, oprimidos e opressores, despossuídos e proprietários, dominados e dominantes, inferiores e superiores, débeis e fortes, governados e governantes, crentes e incrédulos, humilhados e soberbos, ofendidos e ofensores. Outra coisa é a impossibilidade histórica de que esses paradigmas de liberdade, dignidade, igualdade, paz, justiça segurança, solidariedade, possam ser pregados pela filosofia anterior à modernidade, e operar juridicamente em sociedades regidas pelo modo de produção escravista ou o feudal, sem duvidar que tampouco operem a possibilidade na vida real dentro do capitalismo, que para sua subsistência promete falsamente uma sociedade civil de seres livres, dignos, iguais, autônomos, seguros, solidários, porém governados por um estado classista inspirado no formalismo abstrato do direito positivo burguês.

Nessa Segunda Fase, denominada de Direitos Positivos Particulares, as teorias sobre os Direitos do Homem, são acolhidas pelo legislador. Para Nascimento (2006, p. 31) denomina-se constitucionalismo social: “o movimento que, considera uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e fundamentais nos textos das Constituições dos países”.

Moraes (2005, p. 1) observa que:

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do

Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias constitucionais.

Não há uma única definição para o termo constitucionalismo, pois o vocábulo assume diversas acepções na história. Desse modo têm-se ao menos quatro sentidos. À priori, refere-se ao antigo movimento político-social que busca, sobretudo, limitar o poder arbitrário. Num segundo sentido, assemelha-se a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Numa terceira acepção trata de indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. E por último, é reduzido à evolução histórico-cultural de um determinado Estado (TAVARES, 2008, p. 1).

Teles (2007, p. 30) explica que: “As Constituições são documentos que organizam as atividades do Estado; regulamentam as relações entre os indivíduos diante da sociedade e das instituições; representam a lei maior do país; e formam as diretrizes legais para o seu ordenamento jurídico”.

Os documentos mais importantes do processo constitucionalista moderno são: a Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, considerada a primeira declaração de direitos fundamentais; a Declaração de Independência dos Estados Unidos; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Assembléia Nacional Francesa, de 1789; e, a Constituição Brasileira de 1824 que foi a primeira Constituição no mundo a positivizar de forma clara no texto constitucional os direitos do homem.

As declarações de direitos do homem sempre estiveram presentes nas Constituições do Brasil. Brega Filho (2002, p. 31) explica que: “é importante destacar que a Constituição do Império, de 1824, foi a primeira Constituição no mundo a positivizar de forma clara no texto constitucional os direitos do homem”.

As Constituições foram criadas a fim de limitar o poder do Estado. Lafer (2005, p. 37) explica que:

A Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração Francesa de 1789, vinculadas à Revolução Americana e à Revolução Francesa, que dão início ao grande processo de positivação (...). A etapa da positivação é indispensável, pois sem ela os direitos humanos não se completam. Seriam valores e ideais que não se realizariam plenamente. Assim como os valores estéticos se realizam no quadro, na poesia ou numa escultura, assim também o valor ético dos direitos humanos se realiza, como aponta Gregório Peces Barba, mediante sua incorporação ao Direito Positivo.

3.1.1 Declaração da Virgínia de 1776

Foi na Colônia da Virgínia, na América do Norte, que surgiu a primeira Declaração de Direitos, que já em suas primeiras linhas anunciou que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes e portadores de certos direitos inerentes, ou seja, direitos à vida, que é o maior dos direitos do homem, a propriedade, a segurança, entre outros. Prujel (2004, p. 135) explica que:

O processo de positivação se iniciou com a Declaração de Virgínia de 1776 com uma mudança substancial nesta área. A partir dos fins do século XVIII a técnica jurídica não é a do *Bill of Rights*, ou seja, direitos que se criam e se estabelecem. Pelo contrário, as Declarações não criam direitos, senão reconhecem sua existência com anterioridade ao nascimento dos seres humanos, dentro da mais ortodoxa doutrina do direito natural.

O processo de positivação foi fundamental para estruturar em corpos normativos expressos as normas de direitos humanos, etapa prévia à garantia.

A Declaração da Virgínia expressa, em seu primeiro parágrafo, “os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de “direitos natos” de toda a pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política” (COMPARATO, 1999, p. 98).

Merece destaque o art. I que a Declaração de Direitos de Virgínia por se constituir a certidão de nascimento dos direitos do homem na História:

Art. 1º - Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens como de procurar e obter a felicidade e a segurança (COMPARATO, 1999, p. 101).

Essa busca da felicidade, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas depois, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana, uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.

Segundo Comparato (2007), a consequência imediata da proclamação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, foi uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política. Desse modo, a Declaração de Direitos de Virgínia estabeleceu no art. 2º: “todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados (isto é, os governantes) são seus fiduciários, responsáveis a todo tempo perante ele”.

A Declaração de Direitos da Virgínia tem catorze parágrafos os quais abrangem direitos natos da pessoa, tais como: soberania popular, onde todo o poder emana do povo; igualdade perante a lei, sem distinção de classes sociais, religião, raça ou sexo; igualdade de condição política de todo o cidadão, qual seja, que toda pessoa pode aspirar a um cargo de governo; somente os cidadãos que demonstrem a sua condição de proprietário é que, são legitimados a votar; direito e proteção à liberdade de imprensa e instituição do tribunal do júri.

Neste particular Sarlet (2009, p. 43) observa que:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já, reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardavam as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida à eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim todos os poderes públicos.

É importante observar que pela primeira vez, os direitos do homem, foram recepcionados e positivados como direitos constitucionais, pois nesta declaração houve uma ampla abrangência de forma suprema e universal dos direitos naturais do homem.

Dessa maneira, a Declaração de 1776 evidencia que, na atualidade, a principal ameaça contra as pessoas é o Estado o qual surgiu com o fim de garantir a proteção e reduzir a insegurança que traziam consigo os mecanismos individuais da defesa ou autotutela.

Alguns fatores socioculturais foram essenciais para a criação desse novo Estado. Comparato (1999, p. 84) esclarece que o mais importante deles foi: “a não-reprodução, em território americano, da sociedade estamental européia, constituída por grupos sociais bem delimitados, que cultivavam valores próprios e regiam-se por um direito próprio”. Entretanto, a igualdade jurídica não representou o nivelamento sócio-econômico da sociedade norte-americana, uma vez que a extinção dos privilégios das elites, e a livre circulação de bens em um mercado unificado, representaram um importante fenômeno ao desenvolvimento da economia capitalista.

A teoria do contrato social, de Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, está presente na Declaração da Independência Americana servindo de base para as instituições políticas, isto é, toda sociedade política autêntica é consequência de um acordo de vontades, conforme expresso abaixo:

Em nome de Deus, Amém. Nós, cujos nomes vão subscritos, súditos fiéis de nosso respeitável soberano Senhor, Rei Jaime, havendo empreendido, para a glória de Deus e progresso da fé cristã, e honra de nosso Rei e país, uma viagem para implantar a primeira colônia no Nordeste da Virgínia, pelo presente, solene e mutuamente, na presença de Deus, uns perante os outros, convencionamos a nossa união num corpo político civil, para melhor ordenar, preservar e aperfeiçoar as finalidades antes mencionadas; e, em razão disso, promulgar, constituir e compor leis justas e iguais, ordenações, atos, constituições e cargos públicos, de tempos em tempos, como for julgado mais adequado e conveniente para o bem geral da Colônia, ao qual prometemos, todos, a devida submissão e obediência (COMPARATO, 1999, p.85).

Por fim, as outras grandes características culturais da sociedade norte-americana decorreram, naturalmente, dessa cidadania igualitária; a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular.

3.1.2 Declaração de Independência e Carta de Direitos do Povo Norte-Americano

Merece destaque no processo de independência norte-americano a obra **Senso Comum** de Thomas Paine a qual foi escrita numa linguagem acessível ao homem comum sendo muito lida pelos colonos.

Na obra, Paine (2005, p. 56) criticou tanto a monarquia quanto o próprio Jorge III, a quem se referiu como “empedernido e mal humorado faraó da Inglaterra”. Para Paine (2005, p. 44) a monarquia por concentrar muito poder nas mãos de um indivíduo era antinatural e facilitadora da corrupção: “Muito mais vale para a sociedade e para Deus um homem honesto do que todos os rufiões coroados que jamais viveram”.

Assim, acrescenta Paine (2005, p. 54), que a hereditariedade monárquica distanciava muito os líderes do povo que governavam:

(...) um poder tão distante e tão ignorante acerca de nossos problemas. (...) Estar sempre a correr três ou quatro mil milhas com uma historieta ou uma petição, sempre a esperar quatro ou cinco meses por uma resposta que, uma vez obtida, requer mais cinco ou seis meses para ser explicada, será em poucos anos, loucura e infantilidade.

Para Peine (2005, p. 55), era impossível a reconciliação: “Não havendo a Grã-Bretanha manifestado a menor inclinação para um acordo, podemos ter certeza de que não se conseguirá obter termos dignos de serem aceitos pelo continente: apenas o habitual dispêndio de sangue e dinheiro a que já temos sido submetidos”.

Dessa maneira, Paine (2005, p. 60-61) propôs um novo sistema de governo representativo para as colônias semelhante ao existente, com assembleias anuais e um só presidente, com igual representação e os assuntos internos seriam levados ao Congresso Continental. Também determinou sobre a formação de um Estatuto Constitucional das Colônias Unidas (Magna Carta), com as garantias de liberdade, a propriedade e o livre exercício da religião. Karnal (2008, p. 141) entende que:

Se Locke foi o pano de fundo intelectual do movimento, o panfleto incendiário de Thomas Paine foi o produto de maior difusão. No texto ele consagra uma visão de que o Estado não

deve ser confundido com a sociedade e que o Estado nasce da iniquidade. Reafirma o mesmo dado de Locke: os governos foram fundados para o estabelecimento da felicidade comum.

No que se refere ao processo de independência dos Estados Unidos, em 7 de junho, Richard Henry Lee, delegado da Virgínia, redigiu uma moção ao Congresso que expressava: “Que estas Colônias Unidas são, e de direito devem ser estados livres e independentes, e que sejam liberadas de toda e qualquer fidelidade à coroa britânica, e que todas as conexões políticas entre estas e o Estado da Grã-Bretanha seja, totalmente dissolvidas” (DRIVER, 2006, p. 22). Imediatamente, um comitê de cinco membros, presidido por Thomas Jeferson, da Virgínia, foi designado para preparar uma declaração formal.

Em 4 de julho de 1776, Jeferson declarava o nascimento de uma nova nação, na Declaração se utiliza a filosofia política francesa e inglesa, e a obra **Segundo Tratado Sobre o Governo** de John Locke, teve particular importância. Locke criou a concepção de direitos tradicionais dos ingleses, universalizados nos direitos naturais de toda pessoa humana. O preâmbulo da Declaração evidencia a filosofia de Locke:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

Na Declaração têm-se princípios da filosofia de Locke conjugados com a situação das Colônias, já que se buscava um governo baseado no consentimento popular ao invés de um governo monárquico aliado com outros para sujeitar o país a uma jurisdição estrangeira. Só os governos fundados no consentimento popular poderiam assegurar direitos naturais para a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Dessa forma, lutar pela independência era lutar em nome da própria propriedade natural da pessoa. Karnal (2008, p. 141) explica que:

O texto da Declaração é uma lembrança quase literal dos princípios básicos do autor do Segundo Tratado Sobre o Governo: direitos naturais, governo instituído para preservar os direitos naturais, e direito à rebelião. Raras vezes na história um autor teve uma influência tão clara em um texto elaborado em outro país.

Observa-se que a importância histórica da Declaração de Independência dos Estados: “está em se constituir no primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social” (COMPARATO, 1999, p. 90).

Em 17 de setembro de 1787 a Constituição dos Estados Unidos foi aprovada na Convenção de Filadélfia, a qual, inicialmente não incorporava uma declaração de direitos do homem. Entretanto, para que entrasse em vigor, era necessária sua ratificação por pelo menos nove das treze colônias. Assim, estas emendas foram adicionadas porque as colônias que ratificaram a Constituição o fizeram somente mediante o compromisso do acréscimo de uma Carta de Direitos limitando o poder do governo federal (TRINDADE, 2002, p. 97-98).

Assim, a “Carta de Direitos” corresponde às dez primeiras Emendas à Carta Magna estado-unidense. Entraram em vigor no dia 15 de dezembro de 1791, acrescidas de outras emendas à Constituição nos séculos XIX e XX, constituem o *Bill of Rights* do povo americano.

Douglas (1963, p. 15) entende que:

São essas as garantias que Thomas Jefferson e James Madison elaboraram para ser incluídas em nossa declaração dos direitos do homem. Abrangem o que John Adams qualificou como “direitos derivados do Grande Legislador do Universo”. Thomas Jefferson sustentou que “uma Carta de Direitos é aquilo de que o povo precisa contra qualquer governo na terra, geral ou particular, e que nenhum governo justo se recusaria ou basearia em mera inferência.

O “*Bill of Rights*” americano, ou “Carta de Direitos”, representa um resumo dos direitos do homem e garantias ao povo contra violações praticadas pelo Estado, tais como: a liberdade religiosa; a inviolabilidade de domicílio; o devido processo legal; o julgamento pelo Tribunal do Júri; a ampla defesa; bem como a proibição da aplicação de

penas cruéis ou aberrantes. Tais normas foram posteriormente incorporadas à Constituição através das dez primeiras Emendas.

Esta Declaração é considerada como o documento mais importante e caracterizador do Estado Liberal, por estabelecer as liberdades individuais da recente comunidade americana. O artigo 11 do *Bill of Rights* observa: “que a lista dos Jurados eleitos deverá fazer-se em devida forma e ser notificada; que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras”.

As liberdades eram exercidas somente pelos proprietários. Assim, a cidadania liberal foi um tipo de cidadania excludente, distinguindo cidadãos ativos de cidadãos passivos, ou seja, cidadãos com posses e cidadãos sem posses.

A seguir temos parte da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, como afirmação dos direitos inalienáveis do ser humano e a proclamação de que os poderes dos governos derivam do consentimento dos governados, assim expressos:

Temos como evidentes por si mesmas as verdades seguintes: todos os homens são criados iguais, eles são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos encontram-se a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são instituídos pelos homens para garantir esses direitos, e seus legítimos poderes derivam do consentimento dos governados. Toda vez que uma forma de governo se torne destruidora desses princípios, o povo tem o direito de mudá-la, abolir ou estabelecer novo governo, que se fundamente nos ditos princípios, e de organizar-se pela forma que lhe pareça mais apropriada a dar-lhe segurança e felicidade (OLIVEIRA, 2000, p. 117).

Leandro Karnal na obra **História da Cidadania** (2008, p. 144-145) explica que:

Na verdade, a análise do movimento de Independência traz à tona dois fatos aparentemente contraditórios. Por um lado é evidente que o movimento favoreceu mais ao grupo chamado pela gíria wasp (abreviatura de branco, anglo-saxão, protestante). A independência trouxe aos fazendeiros e comerciantes o controle político do país, sem alterações expressivas no status quo. Por outro lado, os princípios de liberdade expressos na Declaração e na Constituição passaram a ser invocados exatamente pelos que não sentiram beneficiados na prática. Assim, não deveria ser desprezado o caráter revolucionário da expressão “todos os homens foram criados iguais”, pois foi em busca do aspecto concreto deste princípio que os movimentos de ampliação da cidadania passaram a ocorrer.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos representou o início da democracia moderna, trazendo para a Carta Constitucional, a limitação dos poderes, a representação popular e o respeito aos direitos do homem.

3.1.3 A Constituição Brasileira de 1824

As declarações de direitos do homem sempre estiveram presentes nas Constituições do Brasil. Brega Filho (2002, p. 31) explica que: “é importante destacar que a Constituição do Império, de 1824, foi a primeira Constituição no mundo a positivizar de forma clara no texto constitucional os direitos do homem”.

A Constituição outorgada de 1824 foi influenciada pelo Constitucionalismo e pelo liberalismo assegurando alguns direitos individuais (de primeira geração) no art. 179 sob o título “Garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, entre os quais merecem destaque os direitos: à legalidade, à irretroatividade da lei, à igualdade, à liberdade de pensamento, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, ao sigilo de correspondência, além de extinguir as penas cruéis utilizadas na época como açoites, torturas e marca de ferro (BREGA FILHO, 2002).

Silva (2001, p. 174) acrescenta que: “a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivizar os direitos do homem, dando-lhe concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1931, a que se tem dado primazia”.

A Constituição de 1824 também antes de outras Constituições reconheceu os direitos sociais (segunda geração), tais como: o direito à educação primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, XXXII) e o direito aos socorros públicos (art. 179, XXXI).

Vale observar que os direitos sociais apenas foram assegurados constitucionalmente no fim do século XIX (BREGA FILHO, 2002).

3.2 A Revolução Francesa e os Direitos do Homem: O Início da Era dos Direitos

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi precedida pelo “*Bill of Rights*” americano, ou “Carta de Direitos” de algumas colônias contra a Inglaterra.

Para Bobbio (1992, p. 114), a comparação entre ambas, é mero exercício acadêmico:

Não se pode comparar com proveito uma guerra de independência (uma guerra de libertação, como diríamos hoje) de um povo que se propõe ter uma Constituição política construída à imagem e semelhança daquela da metrópole (a república presidencialista, como se sabe, tem como exemplo o modelo da monarquia constitucional), por um lado, e, por outro, a derrubada de um regime político e de uma ordem social que se queria ver substituída por uma ordem completamente diferente, seja no que se refere à relação entre governantes e governados, seja no que se refere à dominação de classe.

É inegável a influência dos filósofos norte-americanos na elaboração da declaração francesa, mas há uma distinção entre o conteúdo e a idéia de declaração que precederia uma Constituição, conforme explica Bobbio (1992, p. 115): “Quanto ao conteúdo, pode-se discutir; quanto à idéia, a influência determinante da declaração americana é algo indiscutível”. No que se refere ao conteúdo, deve se observar que ambos derivaram do direito natural, uma vez que o homem tem direitos naturais que antecedem à instituição do poder civil, mas que devem ser assegurados por esse poder.

A Revolução Francesa de 1789 é um acontecimento importante, pois representou o fim do regime feudal, e, por conseguinte, um fator determinante para a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e, ainda, evidencia o início da sociedade industrial e do Estado moderno, conforme Bobbio (1992, p. 113) observa:

Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevada a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era.

A Revolução Francesa para Bobbio (1992, p.85) representou o fim da Era dos Deveres e o início da Era dos Direitos, uma vez que na Idade Média, a relação política era desigual, isto é, os governantes gozavam de superioridade perante os súditos.

Bobbio (1992, p.86) cita que para Kant o caráter positivo da Revolução Francesa foi o direito do povo decidir seu caminho, se emancipando e se libertando da opressão estatal.

O núcleo doutrinário da Declaração desenvolve-se nos três artigos iniciais referindo-se basicamente “à condição natural dos indivíduos (...) à finalidade da sociedade política (...) ao princípio da legitimidade do poder que cabe à nação” (BOBBIO, 1992, p.93). Assim, têm-se os três artigos inaugurais da Declaração francesa:

“Art. I - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”.

A teoria de que a condição natural do homem precede a sociedade civil, vem expressa no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem que trata da igualdade de direitos. Os indivíduos eram considerados originalmente como membros de um grupo, não nasciam livres nem iguais. Fundamentando-se no conceito de estado originário (no qual os homens se submetem apenas às leis naturais) é que se pode afirmar e efetivar o seguinte conteúdo do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Como se pode observar ocorreu uma inversão de perspectiva, passando o poder político a proceder de baixo para cima, e não o contrário. Dessa maneira, tem-se o surgimento da Era dos Direitos.

“Art. II - A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis ao homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

A finalidade da sociedade política vem depois do estado de natureza; e o objetivo das associações políticas seria o de garantir os direitos naturais: liberdade, propriedade,

segurança, resistência à opressão, dentre outros. Este artigo especifica quais os direitos serão iguais.

É importante ressaltar que o artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 demonstra a passagem da primeira fase Direitos Natos Universais para a segunda fase o Positivismo Constitucional.

O artigo 2º da Declaração enuncia os direitos civis e políticos: direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à resistência à opressão. O texto da Declaração define dois tipos de liberdade: por um lado, a liberdade de um indivíduo em relação a outros indivíduos (liberdade como o direito de poder fazer tudo aquilo que não prejudique os outros); por outro, a liberdade dos indivíduos em relação ao poder de Estado (liberdade é o direito de fazer tudo o que não é nem proibido, nem ordenado - *silentium legis*, isto é, liberdade entendida como o espaço livre deixado pela ausência de leis imperativas ou positivas). Prescreve as liberdades individuais tais como: a religiosa, a de opinião e a de imprensa. Estabelece que é função do Estado garantir os direitos do homem e evidencia a teoria da tripartição de poderes.

A segurança é definida *à posteriori*, como “a proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”.

A esfera da propriedade sempre foi mais protegida do que a esfera da pessoa. Não seria necessário um artigo na Declaração para proclamar a propriedade civil como direito sagrado e inviolável.

Um fator importante refere-se a “a afirmação do direito de resistência” (BOBBIO, 1992, p.95), expressa na Declaração. Este assunto será abordado no quarto capítulo.

“Art. III - O princípio de toda a Soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

O princípio de legitimidade do poder cabe à nação. O novo homem que se origina desta Declaração é o cidadão, cuja liberdade deve ser assegurada, conforme prescreve o art. 4º: “direito de fazer tudo que não prejudique os outros”.

Os outros artigos tratam, dentre outras coisas, da liberdade política como “poder fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo”. Desse modo, a lei só tem o direito de vedar as ações prejudiciais à sociedade; as prisões devem ser realizadas conforme determina a lei; só se deve impor penas estritamente necessárias que se referem a delitos previamente estabelecidos em lei; que todo homem é considerado inocente até ser julgado culpado. Tem-se, ainda, garantias de liberdade de opinião religiosa (mas não de expressão, se esta perturbar a ordem pública), de liberdade de expressão e de imprensa (sujeitas a processo por abuso), e do direito a indenização em caso de desapropriação por necessidade pública.

Dentre as conseqüências da Revolução Francesa a mais importante foi a transformação dos súditos em cidadãos. A vida cotidiana das pessoas se transformou com o exercício da cidadania, pois os cidadãos puderam optar em concorrerem a um cargo eletivo ou eleger seus representantes.

Com a nova legislação se obteve o direito de participar das eleições mediante petições às assembleias comunais e aos comitês cívicos e de sessão, os quais tiveram uma função importante, expondo as necessidades e desejos coletivos, canalizando a iniciativa popular e contribuindo para que o legislativo conjugasse a formulação dos grandes princípios gerais e orientadores, no que se refere aos problemas práticos diários e às aspirações concretas dos cidadãos.

Arendt (1989, p. 324) entende que os direitos humanos declarados no século XVIII:

(...) foi um marco decisivo na história. Significava que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei. Independente dos privilégios que a história havia concedido a certas camadas da sociedade ou a certas nações, a declaração era ao mesmo tempo a mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e o prenúncio de que já havia atingido a maioridade.

A origem formal dos direitos do homem e do cidadão ocorreu como consequência das Cartas Constitucionais dos Estados Unidos e da França, evidenciando-se os direitos individuais como: a liberdade religiosa e a livre manifestação do pensamento, a garantia da igualdade, da liberdade, da propriedade, da segurança, da resistência á opressão, da liberdade de associação política, bem como o respeito ao princípio da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência, a tripartição dos poderes e a soberania nacional como atributo da nação

Desde então, a burguesia passou a reivindicar uma participação política cada vez maior, através de um processo que se iniciou com a “Queda da Bastilha” e culminou com a execução dos monarcas e de grande parte da aristocracia francesa.

A Revolução Francesa outorgara uma obra constitucional que regulamentava os poderes do Estado e os direitos do cidadão que coincidiam com as aspirações de grandes parcelas da população que era contrária aos privilégios da aristocracia e a favor dos interesses da burguesia na liberdade de mercado o que serviu para a consolidação do modo capitalista de produção. Para isso era fundamental a consolidação do Estado liberal e a regulamentação constitucional dos direitos dos indivíduos.

Por fim, a Declaração Francesa no entendimento de Bobbio trouxe uma grande contribuição para o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem. Seus princípios e fundamentos prescritos em seu texto, embora aperfeiçoados, estão até hoje presentes na doutrina dos direitos do homem. A Declaração teve relevância para a formação e criação de um Estado que limitasse o poder dos representantes, assegurando o exercício da cidadania a fim de que as pessoas participassem das decisões políticas (Era dos Direitos).

3.3 A Crítica Marxista a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Para Bobbio (1992, p. 99), a crítica marxista a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão refere-se à distinção entre o cidadão e o homem que “era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados pela Declaração eram os direitos do burguês, do homem egoísta, do homem separado dos outros homens e da comunidade”. Dessa maneira, a Declaração de modo não expresso, excluía os hipossuficientes, ou seja, o proletariado e o campesinato da participação política, conforme Marx (2009, p. 61) explica: “direitos que só podem ser exercidos na comunidade [*Gemeinschaft*] com outros”.

Com efeito, Marx entende que há uma distinção entre o cidadão e o homem, bem como entre o caráter civil e o político. Para a filosofia marxista, a Declaração de 1789 distingue os direitos do homem dos direitos do cidadão, pois não considera como autêntico e verdadeiro o homem enquanto cidadão, senão enquanto burguês. Marx (2009, p. 63) observa que: “os chamados direitos do homem, os *droits de l’homme*, diferentemente dos *droits du citoyen*, não são outra coisa senão os direitos do membro da sociedade civil [burguesa, *bürgerliche Gesellschaft*], i.e., do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”.

Na obra **A Sagrada Família** Marx e Engels (1987, p. 112-113) explicam acerca dos direitos do homem:

Demonstrou-se como o reconhecimento dos direitos do homem pelo Estado moderno significa apenas o reconhecimento da escravidão pelo Estado antigo. A base natural do estado antigo era a escravidão; a do estado moderno é a sociedade burguesa, o homem da sociedade burguesa, ou seja, o homem independente que está ligado a outro apenas pelo interesse privado e da necessidade natural, da qual ele não tem consciência, a escravidão do trabalho interessado, de sua própria necessidade egoísta e da necessidade egoísta do outro. O Estado moderno, do qual lá está a base natural, reconheceu-a como tal através da proclamação universal dos direitos humanos.

Bobbio (1992, p. 99-100) critica essa interpretação marxista dos direitos do homem, pois:

confundia uma questão de fato, ou seja, a ocasião histórica da qual nascera a reivindicação desses direitos, que era certamente a luta do Terceiro Estado contra a aristocracia, com uma questão de princípio, e via no homem apenas o cidadão, e no cidadão apenas o burguês – esse é um tema sobre o qual, com o discernimento que o passar dos anos proporciona, talvez tenhamos idéias mais claras do que nossos pais. Mas ainda estamos demasiadamente imersos na corrente dessa história para sermos capazes de ver onde ela terminará. Parece-me difícil negar que a afirmação dos direitos do homem, *in primis* os de liberdade (ou melhor, de liberdades individuais), é um dos pontos firmes do pensamento político universal, do qual não mais se pode voltar atrás.

Conforme se verifica a crítica marxista aos direitos do homem é muito mais complexa que o reducionismo feito por Bobbio, uma vez que Bobbio não faz sua crítica no contexto da obra de Marx, e sim, num ponto isolado da vasta obra marxista.

Marx critica o conceito de liberdade expresso na Declaração de 1789, que se baseia em impor limite à ação humana e, principalmente, sobre o fato de este limite se expressar na forma de lei. Com base nas definições entre a liberdade e a propriedade, Marx (2009, p. 63) entende que: “Os limites dentro dos quais cada um pode se mover sem prejuízo de outrem são determinados pela lei, tal como os limites de dois campos são determinados pela estaca [das cercas]. Logo, a lei delimita a liberdade dos homens. Assim, tem-se a liberdade do homem isolado, conforme explica Marx (2009, p. 64), a liberdade é o direito a esta dissociação, “o direito do indivíduo delimitado, limitado a si mesmo”.

Para Marx (2009, p. 64), de modo complementar a liberdade na Declaração está a definição de propriedade privada: “A aplicação prática do direito humano é o direito humano à propriedade privada” que vem previsto no Art. 16 da Constituição de 1793: “O direito de propriedade é aquele que pertence a todo cidadão de gozar e de dispor à sua vontade dos seus bens, dos seus rendimentos, do fruto de seu trabalho e da sua indústria” (MARX, 2009, p. 64).

Dessa maneira, o direito à liberdade para Marx configura-se como liberdade religiosa e, ainda, como liberdade de propriedade. Dutra (2008, p. 565) entende que:

Ora, visto que a liberdade se determina como posse e propriedade, naturalmente a liberdade de um só pode encontrar na liberdade de outro um limite, visto este aspecto constituir o próprio cerne do direito de propriedade [excludendi alios], razão pela qual o direito é visto como limitação das liberdades para regular o meu e o teu. Assim, a lei funciona como um limite dentro do qual a liberdade se define por oposição aos demais.

A crítica de Marx (2009, p. 64) ao individualismo inerente às definições de liberdade e propriedade estende-se aos outros direitos do homem. Assim é no que se refere ao conceito de igualdade: “aqui, no seu significado não político – não é senão a igualdade da *liberté* acima descrita, a saber: que cada homem seja, de igual modo, considerado como essa mônada que repousa sobre si [própria]”. A igualdade descrita na Declaração é definida como a igualdade perante a lei, isto é, a igualdade jurídica que limite as liberdades, que para Dutra (2008, p. 564) implica:

numa assimetria entre esta igualdade perante a lei e a igualdade de fato, concernente ao exercício das liberdades no espaço deixado aberto pela lei. Como se sabe, Marx tece severas críticas a esse conceito de igualdade e, quiçá, ao conceito de igualdade mesmo, ao propor que este seja substituído pelo conceito de necessidade.

No tocante a segurança, Marx (2009, p. 65) observa esta: “é o supremo conceito social da sociedade civil, o conceito da polícia, porque a sociedade toda apenas existe para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade”. A segurança é o maior objetivo da comunidade política, pois serve para garantir os direitos do homem. Nesse particular, Dutra (2008, p. 564) esclarece que: “são por demais conhecidas as reservas de Hegel contra o Estado, enquanto aparato de segurança”.

Canotilho (2003, p. 385) explica que na obra **A Questão Judaica**, Marx:

põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade.

A emancipação política não significa a emancipação humana. Portanto, para emancipar-se politicamente, a burguesia francesa separou o homem do cidadão.

Marx na obra **A Questão Judaica** observa que (2009, p. 63):

Os *droits del' homme*, os direitos humanos, são, como tais, diferentes dos *droits du citoyen*, dos direitos do cidadão. Quem é o *homme* diferente do *citoyen*? Ninguém senão o membro da sociedade civil. Por que é que o membro da sociedade civil é chamado “homem” (pura e simplesmente homem), por que é que os seus direitos são chamados direitos do homem? A partir de quê nós explicamos esse fato? A partir da relação do Estado político com a sociedade civil, a partir da essência da emancipação política.

Por fim, a Declaração de 1789 é considerada por Bobbio como o primeiro passo para a universalização dos direitos do homem, uma vez que serviu de parâmetro e principal fonte inspiradora da Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela ONU em 1948. Em sentido contrário, para Marx, os direitos da Declaração de 1789 não constituem a expressão de princípios universais, mas dos interesses da burguesia, uma vez que foi inspirada em uma concepção individualista de sociedade.

3.4 A Questão da Cidadania

André Comte-Sponville (2003, p. 100) em seu **Dicionário Filosófico** observa que:

Cidadania (*citoyenneté*) – O próprio do cidadão, especialmente o conjunto dos direitos que ele desfruta e dos deveres que lhe cabem. O primeiro dever é obedecer à lei (aceitar ser cidadão, não soberano). O primeiro direito, participar da sua elaboração ou das relações de forças que tendem a esta (ser cidadão, não sujeito). Duas maneiras de ser livre, no sentido político do termo, e numa cidade não é possível sê-lo de outro modo.

A origem da palavra cidadania vem do latim “*civitas*”, que quer dizer cidade. Já na Roma antiga a palavra cidadania era usada para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que esta tinha ou podia exercer.

A cidadania é a expressão do conjunto de direitos e deveres que uma pessoa possui dentro de determinada sociedade. O exercício da cidadania significa respeitar e participar das decisões da sociedade para melhorar a qualidade de vida dos membros da sociedade. Cada

cidadão é um ser único e, portanto, sua individualidade é formada pelas características herdadas no nascimento ou adquiridas no convívio.

Com o desenvolvimento histórico as sociedades se organizaram estabelecendo normas de conduta expressas nos valores sociais a preservar. Esse conjunto de valores e normas de conduta se denomina bem comum. De um lado, na sociedade o homem tem direito à proteção, a ser reconhecido e com dignidade, a ter justiça e oportunidades iguais, sem preconceito ou discriminação. Por outro lado, em razão do bem comum, deve cumprir com os deveres e respeitar as normas impostas pela coletividade.

O princípio da idéia de cidadania se consolidou no início da Idade Contemporânea, a partir das revoluções do século XVIII, onde surgiu o Estado de Direito a fim de substituir as monarquias absolutistas, estabelecendo constitucionalmente que todos são iguais perante lei, mas essa igualdade jurídica e não real, representava os interesses dos burgueses que tiraram do poder os reis e se consolidaram no governo. No Iluminismo, começam a serem definidos os primeiros fundamentos da cidadania, e, como resultado da Revolução Francesa, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que sob a influência da ideologia liberal, lançou as primeiras bases para o exercício da cidadania. O art. 16 da Declaração – observa que não pode se considerar Carta Magna, o texto constitucional que não assegure a garantia das liberdades individuais e a separação dos poderes. Objetivou-se evidenciar os direitos individuais, transformando os súditos em cidadãos, mediante uma república constitucional.

O que se denota da Declaração, entretanto, é a conjugação entre as expressões dos direitos do “Homem” e do “Cidadão”, na qual a expressão, Direitos do Homem significa o conjunto dos direitos individuais, levando-se em conta a sua visão individualista, ao passo que o termo, Direitos do Cidadão expressa o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa. Pode-se acrescentar que ser

cidadão significa ter direitos e deveres, conforme está descrita na Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que tem seus primeiros fundamentos nas Cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1789).

De um lado, o aspecto mais importante da cidadania é o de que todos os homens são iguais ainda que perante a lei, não se permitindo qualquer tipo de discriminação referente à raça, cor, religião, ideologia política, bem como o direito de poder expressar-se livremente, de participar de partidos políticos, sindicatos e movimentos sociais. Por outro lado, o cidadão também tem deveres, deve ser responsável para viver em sociedade, exercendo a cidadania como integrante do governo e de movimentos sociais como sindicato, partido, associações, e, ainda, eleger seus representantes.

Bobbio (1991, p. 34) na obra **O Marxismo e o Estado** salienta um padrão mínimo para a cidadania. Tal padrão pode ser reconhecido nas seguintes regras elencadas por Bobbio:

- 1 - Todos os cidadãos que tenham alcançado a maioridade, sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo etc, devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de expressar através do voto a própria opinião e/ou eleger quem se expresse por ele;
- 2 - O voto dos cidadãos deve ser de peso igual (isto é, deve valer por um).
- 3 - Todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres para votar, conforme opinião própria formada, quanto mais livremente possível, isto é, numa competição entre grupos políticos organizados que disputam entre si para agregar os anseios e transformá-los em deliberações coletivas.
- 4 - Devem ser livres, também, no sentido de que devem ser colocados na condição de possuírem alternativas reais, isto é, de poderem escolher entre várias soluções.
- 5 - Seja por deliberações coletivas, seja por eleições de representantes, vale o princípio da maioria numérica, mesmo que possam se estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada) em determinadas circunstâncias estabelecidas.
- 6 - Nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em particular o direito de tornar-se maioria em igualdade de condições.

Os seis itens refletem acerca das exigências mínimas para o reconhecimento da cidadania. Assim, o fator mais complicado se relaciona à participação efetiva nas decisões sobre os padrões de acumulação e distribuição da riqueza social. Assim, tal

como a noção de direitos do homem a idéia de cidadania possui um sentido cada vez mais amplo.

Cidadania e direitos do homem se referem a um ordenamento jurídico, no qual a Constituição define quem é considerado cidadão mediante uma série de requisitos como a idade, o estado civil, a condição de sanidade física e mental etc, que por se constituírem prerrogativas dos indivíduos (cidadãos) de participam dos destinos da *polis*, não têm amplitude universal.

A cidadania não está necessariamente ligada a valores universais, mas a decisões políticas, pois a legislação que se refere aos direitos e deveres do cidadão pode ser alterada, como por exemplo: a modificação do código civil no que diz respeito aos direitos e deveres dos cônjuges, na sociedade conjugal, em relação aos filhos, em relação um ao outro. Dessa maneira, os direitos de cidadania são direitos específicos de um determinado ordenamento jurídico estatal.

No entanto, em muitos casos, os direitos do cidadão coincidem com os direitos do homem, que são os mais amplos e abrangentes. Em sociedades democráticas é, geralmente, o que ocorre e, em nenhuma hipótese, direitos ou deveres do cidadão podem ser invocados para justificar violação de direitos do homem. Assim, por exemplo, uma criança tem direitos do homem, mas não têm direitos ou deveres ligados à cidadania. O mesmo acontece com os doentes mentais e, em certo sentido, com silvícolas, que ainda são tutelados pelo Estado.

Os direitos do cidadão não são direitos naturais, pois são criados pela lei e, portanto, especificados num determinado ordenamento jurídico. Já os direitos do homem são universais no sentido de que aquilo que é considerado um direito do homem em um país, também deverá sê-lo com o mesmo nível de exigência, de respeitabilidade e de garantia em outro, uma vez que não se referem a um membro de um Estado; se referem ao homem na sua universalidade.

3.5 Direitos Sociais - A Segunda Geração de Direitos do Homem

A tradição liberal dos direitos do homem vai do Século XVII até a metade do Século XIX, quando termina a era das revoluções burguesas, mas mostrava-se insuficiente para resolver os novos problemas criados pelo capitalismo. Na primeira geração de direitos do homem o liberalismo considerava o Estado como um mal necessário por entender que este deveria garantir as liberdades individuais e não intervir assuntos particulares. Entretanto, diante das grandes desigualdades sociais e da concentração de renda, as interpretações liberais acerca dos direitos do homem tornaram-se insuficientes, pois não basta apenas enunciar direitos nos textos constitucionais, é fundamental também prever os mecanismos adequados para a sua efetivação.

Esta geração está diretamente relacionada com os direitos trabalhistas, visto que com o desenvolvimento do capitalismo que explorava os trabalhadores, o Estado previu a necessidade de regular e garantir as novas relações de trabalho, postulando, salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas etc. Na transição para a segunda geração de direitos do homem, paradoxalmente, o Estado deveria fornecer condições para diminuir as desigualdades econômicas e sociais e permitir a efetiva participação dos cidadãos na vida política da sociedade.

Devido à expansão do conteúdo conceitual dos direitos do homem passou-se a utilizar a expressão “direitos sociais, econômicos e culturais”. Não se trata mais de admitir a existência de direitos naturais, anteriores à sociedade e inerentes à pessoa humana, uma vez que exigem a ação positiva do poder estatal, criando as condições institucionais para o seu efetivo exercício.

Os direitos do homem de segunda geração surgem no século XX, em virtude da reivindicação dos excluídos em participarem do "bem-estar social", conforme explica Guerra (2008, p. 166):

Os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais que resultam da superação do individualismo possessivo decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial.

Os direitos de segunda geração se consagram nas conquistas do movimento operário e sindical com destaque para os direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadorias seguro-desemprego, enfim, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social. Tais direitos tornam reais os direitos formais.

A Segunda Geração dos Direitos do Homem representa a fase de transição entre os Direitos Natos Universais e os Direitos Positivos Universais, portanto, será denominado de Direitos Positivos Sociais, uma vez que abrangem um número determinado de pessoas e ainda não são Universais. Bobbio (1992, p. 33) entende que os direitos sociais: “expressam o amadurecimento de novas exigências, podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”.

Lafer (2001, p. 127-128) afirma que estes direitos:

(...) podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.

A segunda geração constitui a base de uma nova concepção de Estado que fundamenta-se no ideário da igualdade, que para Bobbio (2000, p. 29-30) se expressa das seguintes maneiras:

A expressão igualdade de direito é usada em contraposição a igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material.

(...) A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos (por exemplo, do direito de todos terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento); já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidas de fato) em todas as Constituições modernas. Finalmente, por igualdade jurídica se entende, habitualmente, a igualdade naquele atributo particular que faz de todo membro de um grupo social, inclusive a criança, um sujeito jurídico, isto é, um sujeito dotado de capacidade jurídica.

A prestação positiva do Estado corresponde aos direitos sociais dos cidadãos, agora não mais considerados individualmente, isto é, não mais no aspecto de deixar de fazer alguma coisa, e sim no contexto de o Estado atuar em benefício da sociedade visando garantir a dignidade humana; um Estado que tem seus poderes limitados e definidos na Constituição. Lavié (1995, p. 47) entende que:

A dignidade é a materialização dos valores vinculados ao homem: aquele que faz que o homem seja o valor supremo na convivência social. Devido a que o homem é o valor supremo, os direitos humanos constituem o fundamento de toda comunidade humana. O homem não existe para o Estado, senão o Estado existe exclusivamente para o homem.

A constitucionalização dos direitos do homem constituiu, assim, o início da instituição de um verdadeiro sistema de direitos positivos e efetivos. O pensamento de Marx acerca da economia do mundo contemporâneo e da relação entre o trabalho e o capital, influenciou decisivamente na formulação dos direitos sociais que então se configuravam e emergiam. Avelar (2009, p. 94) explica que os direitos de segunda geração nasceram das reflexões ideológicas e do pensamento antiliberal do século XX:

Proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também na Constituição de Weimar, os direitos de segunda geração exerceram um papel preponderante nas formulações constitucionais após a Segunda Guerra. Eles são voltados para as necessidades do povo e tentam ufanar a dignidade da pessoa humana.

O movimento socialista priorizou os direitos de segunda geração, em sentido contrário, aos direitos formais do liberalismo. Para Marx, os direitos do homem não eram universais, eram direitos históricos da classe burguesa ascendente em sua luta contra a

aristocracia. Como as relações econômicas de produção são, em última análise, determinantes, o Direito na filosofia marxista, não passa de uma superestrutura, de um conjunto de normas impostas pelo Estado, para a manutenção e garantia dos privilégios das classes dominantes.

O marxismo entende que por meio da revolução proletária se busca a constituição de uma sociedade sem classes. Na história concebida como luta de classes, o direito tornou-se instrumento de defesa e manutenção da classe dominante. Já no comunismo, visto como associação livre dos produtores diretos, o direito reconquistaria o seu caráter universal.

O problema do exercício pleno dos direitos do homem, só se resolve, na concepção marxista, pela práxis e não pela declaração de direitos. Assim, se liberta a compreensão dos direitos do homem da tradição moderna, a qual entendia que estes seriam a expressão de um justo natural, ou então direitos da natureza intrínseca do homem. Portanto, não se trata direito natural, uma vez que toda a lógica do direito, inclusive dos direitos do homem, é uma lógica da práxis, relacional, histórica, devendo ser analisada de maneira dialética (MASCARO, 2008, p. 125).

Marx e Engels entendiam que o proletariado fazendo a revolução necessária à superação do capitalismo, não só asseguraria as condições para o pleno exercício da sua cidadania como tornaria viável a extensão da cidadania efetiva a todos os seres humanos (no comunismo) – (PINSKY e BASSANEZI PINSKY, 2008, p. 178).

Durante o século XIX o proletariado vai se fortalecendo na medida em que progride o processo de industrialização e se desenvolve uma consciência de classe que reivindica direitos econômicos e sociais diante dos direitos individuais, produto da revolução liberal burguesa. A partir deste momento o direito ao trabalho e a seguridade social passam a serem as novas exigências, cuja proteção jurídica se reclama. Nesse contexto, se pode considerar como a carta destes novos direitos o Manifesto Comunista de 1848 (LUÑO, 2007, p. 38).

O que o pensamento socialista e a prática política e sindical do movimento europeu e norte-americano do século XIX questionavam era a existência de uma enorme contradição entre os princípios formalmente divulgados nas declarações de direitos e a realidade vivida diariamente por uma grande maioria do povo.

Engels (1985, p. 117), assim escreve acerca da exploração e das péssimas condições de vida da classe trabalhadora:

A maneira como a sociedade atual trata os pobres é revoltante. Atraem-nos para as grandes cidades, onde respiram uma atmosfera muito pior do que na terra natal. Designam-lhes bairros cuja construção torna o arejamento muito mais difícil que em qualquer outro lugar. Retira-lhes todos os meios de permanecerem limpos, privam-nos de água, só lhes instalando água corrente contra pagamento e poluindo de tal modo os cursos de água que ninguém pode se lavar neles; constroem-nos a jogar na rua todos os detritos e gorduras, todas as águas sujas e até, muitas vezes, todas as imundícies e excrementos nauseabundos, privando-os de qualquer outro modo de se desfazerem deles; e deste modo são obrigados a empestear os seus próprios bairros.

Dessa maneira, as péssimas condições de sobrevivência impostas aos trabalhadores europeus levaram os sindicatos e partidos operários a pleitearem a intervenção do Estado na vida econômica e social, visando à proteção dos trabalhadores e a regulamentação do mercado de trabalho.

O sindicalismo presente, sobretudo, em zonas da França, Espanha e Itália, valorizou a greve, mas foi a greve geral que fez o sindicalismo revolucionário. As greves na Europa no final do século ofereceram o potencial poderoso para fortalecer as reivindicações da classe trabalhadora, a paralisação total ria enfraquecer o capitalismo estatal.

A greve geral sindicalista, para Georges Sorel (1993, p. 134), teórico do sindicalismo revolucionário: “é uma construção que encerra todo o socialismo proletário; encontramos nela não somente todos os seus elementos reais, mas ainda vemos que eles são agrupados da mesma maneira que nas lutas sociais e seus movimentos são os que correspondem à sua essência”.

O capitalismo encontrava-se em transformação, pois o Estado passava a intervir nas atividades econômicas e sociais. Após a Primeira Guerra Mundial, ocorreu o

fortalecimento do constitucionalismo social, que acrescentou nas constituições preceitos relativos aos direitos coletivos e de garantia de certos interesses fundamentais.

O México foi o pioneiro no Ocidente a fundar, o Estado Social em substituição ao Estado Liberal. A Constituição Mexicana de 1917 significou a primeira colocação dos direitos a nível constitucional sobre as bases não liberais. Incluía uma grande parte dos ordenamentos de 1857, especialmente o referente aos direitos do homem, já como “garantias individuais”. A Constituição de 31 de janeiro de 1917, nos 31 incisos do artigo 123, estabelece sobre de direitos trabalhistas e previdenciários, que foram objeto de Convenções promovidas pela Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes de 1919. As principais conquistas foram: a limitação da jornada diária de trabalho de 8 horas e noturna no máximo 7 horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos e limitação a 6 horas para menores de 16 anos, descanso semanal, proteção à maternidade, estabeleceu o salário mínimo, a isonomia salarial, a participação do trabalhador no lucro da empresa, higiene e segurança no trabalho, o direito de sindicalização e o de greve, a indenização por despedida injusta, a indenização por acidente do trabalho e a seguridade social (NASCIMENTO, 2006, p. 31).

A Constituição Mexicana pode ser considerada como a primeira tentativa de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, sobrepondo-se, assim, aos pólos opostos do individualismo e do coletivismo. Foi a primeira Constituição a implementar a reforma agrária na América Latina. Concedeu o *status* de direitos do homem aos direitos trabalhistas, criando, assim, as premissas para a formação do Estado Social de Direito.

Em outubro de 1917, a Revolução Soviética, liderada por Lênin, foi um acontecimento de grande importância para a segunda geração de direitos do homem. Em 10 de julho do ano seguinte, o III Congresso Panrusso dos Sovietes aprovou a

Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que serviu de Preâmbulo à Constituição da República Soviética Federativa Socialista da Rússia.

A Constituição Russa é importante na positivação dos direitos coletivos por ser uma Carta social e representar um dos acontecimentos mais importantes pela instalação dos trabalhadores ou da classe coletiva no poder. Oliveira (2000, p. 53) explica que a denominação Direitos do Povo Trabalhador e Explorado: “Intitulava uma breve exposição de direitos e está carregada de significação político-social, representando aquele momento de transformação radical, pela qual passou a sociedade russa”.

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado buscava a eliminação da exploração do homem pelo homem criando uma sociedade sem classes, bem como a extinção da propriedade privada e a socialização dos meios de produção, instaurando uma sociedade socialista. A Constituição Soviética de 1936 incluiu uma tabela de direitos políticos, cuja titularidade abrangeu todos os cidadãos soviéticos, mas tendo sempre como objetivo o interesse da coletividade. Este texto inspirou o ulterior estatuto constitucional dos direitos do homem não somente na União Soviética, como também na maior parte dos países socialistas. Nesse contexto, surgiu o Estado social soviético, de base sindical e unipartidária, e que após a segunda guerra mundial se expandiu, pelo Leste Europeu e pela Ásia, África e Cuba (OLIVEIRA, 2000, p. 121).

Para Bobbio (2004, p. 226) em sua dimensão mais ampla, os direitos sociais entraram na história do constitucionalismo moderno com a Constituição Alemã de 1919:

A mais fundamentada razão de sua aparente contradição, mas real complementaridade, com relação aos direitos de liberdade é a que vê nesses direitos uma integração dos direitos de liberdade, no sentido de que eles são a própria condição do seu exercício efetivo. Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna.

A Constituição Alemã de 1919, aprovada em Weimar em 11 de agosto de 1919, oriunda da coesão do partido democrata-cristão com os partidos socialistas, conciliando a tradição liberal com seus direitos e liberdades às novas exigências culturais, sociais e econômicas, foi considerada como modelo no que se refere aos direitos sociais. Por isso, foi considerada como base das novas democracias sociais (NASCIMENTO, 2006, p. 32-33).

A Constituição de Weimar trouxe os seguintes direitos sociais: a função social da propriedade, a reforma agrária, a proteção ao trabalho, o direito de sindicalização e a previdência social. Nela o direito do trabalho recebe nova colocação no plano constitucional. Na segunda parte da Constituição se fundamentaram os direitos e deveres fundamentais dos alemães, reconhecendo-se as liberdades individuais tradicionais e os direitos sociais referentes a proteção da família, a educação e o trabalho. A Constituição de Weimar foi durante muito tempo o texto inspirador das cartas constitucionais que tentaram conjugar no sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta orientação se reflete na maior parte do constitucionalismo surgido após o fim da segunda guerra mundial. Tratou de estabelecer distinções entre diferenças e desigualdades:

as diferenças são de natureza biológica ou cultural e não significam a superioridade de algumas em relação a outras; as desigualdades são fruto da arbitrariedade e das injustiças sociais, criando condições de inferioridade para alguns grupos e classes sociais. Assim sendo, devem-se respeitar e proteger as diferenças, enquanto as desigualdades terão de ser combatidas e eliminadas, fazendo prevalecer o princípio da igualdade (TELES, 2007, p. 22).

A Revolução Mexicana, a Revolução Russa de 1917, a Constituição da República de Weimar na Alemanha, em 1919, e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versalhes, também em 1919, ampliaram na realidade sócio-política a abrangência dos direitos do homem, que deixaram de ser entendidos

apenas como direitos individuais e passaram a incorporar a idéia dos direitos coletivos de natureza social.

Por fim, após o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, diversos outros direitos foram se somando ao elenco dos direitos do homem, até o momento em que ocorreu o retrocesso dos direitos do homem.

3.6 A Doutrina Social da Igreja e os Direitos do Homem

A doutrina social da Igreja Católica também teve um papel importante na história conceitual e social dos direitos do homem: “O homem é sujeito de direitos e deveres universais, inalienáveis e invioláveis, que decorrem da sua própria natureza como pessoa, revestida de transcendental dignidade. Fundamentam-se, pois, na lei natural e, em última análise no direito divino” (LESSA, 2004, p. 201). Os filósofos cristãos elaboraram a doutrina dos direitos naturais, com base numa síntese entre a filosofia grega e nos textos bíblicos, valoriza a dignidade do homem e considera como naturais alguns direitos e deveres fundamentais que Deus imprimiu “no coração” de todos os homens.

Entretanto, o envolvimento e a identificação da Igreja Católica com doutrina dos direitos do homem é recente. Ainda no século XIX, no fim da Idade Moderna, o papa Pio VI, em um dos numerosos documentos contra-revolucionários, afirmava que o direito de liberdade de imprensa e de pensamento é um “direito monstruoso”, deduzido da idéia de “igualdade e liberdade humana”, e observava: “Não se pode imaginar nada de mais insensato que estabelecer uma tal igualdade e uma tal liberdade entre nós” (BOBBIO, 1992, p. 130).

A hostilidade da Igreja Católica aos direitos do homem modernos começa a mudar somente com o papa Leão XIII que, com a Encíclica *Rerum Novarum* de 15 de maio de 1891, dará início à chamada “doutrina social da Igreja” que:

Não é uma 'terceira via' entre o capitalismo liberalista e coletivismo marxista, nem sequer uma possível alternativa a outras soluções menos radicalmente contrapostas: ela constitui por si mesma uma categoria. Não é tampouco uma ideologia, mas a formulação acurada dos resultados de uma reflexão atenta sobre as complexas realidades da existência do homem, na sociedade e no contexto internacional, à luz da fé e da tradição eclesial (...). Ela pertence, por conseguinte, não ao domínio da ideologia, mas da teologia, e especialmente da teologia moral (LESSA, 2004, p. 92).

Desse modo, a Igreja Católica procura inserir-se de maneira autônoma entre o liberalismo e o socialismo, propondo uma categoria inspirada na teologia moral, na qual se acentua a preeminência do social sobre o individual.

A Encíclica *Rerum Novarum* (Coisas Novas) de 1894 representa uma fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre empregado e patrão. Leão XIII salienta no Capítulo 28, da Encíclica *Rerum Novarum*, que “não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital”. Dessa maneira, a Igreja Católica se insere de maneira autônoma entre o liberalismo e o socialismo propondo uma via própria inspirada nos princípios cristãos.

Leão XIII entendeu antes do final do século XIX o processo de acumulação de riquezas de poucos e o empobrecimento de milhões. Assimilou dinamicamente a relação entre empresários e trabalhadores, como cooperadores em uma obra comum, sem luta de classes, por meio da solidariedade humana. Bobbio (2004, p. 227) afirma que:

percebe-se que uma mudança de rumo iniciou-se com Leão XIII, em especial com a encíclica *Rerum Novarum* de 1891, na qual, entre os direitos de liberdade da tradição liberal, afirma-se com força o direito de associação, com atenção especial para as associações de operários – um direito que é a base daquele pluralismo dos grupos sobre o qual repousa e do qual se nutre a democracia dos modernos em contraposição à democracia dos antigos (que chega até Rousseau) -, e, entre os direitos da tradição socialista, dá-se destaque especial ao direito do trabalho, que para ser protegido em seus vários aspectos – o direito a um salário justo, o direito ao devido descanso, à proteção das mulheres e das crianças – invoca a contribuição do Estado.

No fim do século XIX, a encíclica *Rerum Novarum* adquiriu um significado diferente do anterior, pois tivemos o surgimento da concepção do direito humano do trabalho, que significou um dos fenômenos mais significativos do século XX.

Durante o breve pontificado de João XXIII (1958-1963), a doutrina da igreja adquiriu características mais nítidas com as encíclicas “*Mater et Magistra*” (1961) e “*Pacem in Terris*” (1963), que especialmente após o Concílio Vaticano II (1961-66), devido à grande importância do tema a Igreja adotou a defesa dos direitos humanos elaborando novas encíclicas: *Quadragesimo anno*, de 1931, e *Divini redemptoris*, de Pio XII; *Mater et magistra*, de 1961, de João XXIII; *Populorum progressio*, de 1967, de Paulo VI; *Laborem exercens*, do Papa João Paulo II, de 14-9-1981 (MARTINS, 2007, p. 8).

Bobbio (2004, p. 227) destaca que a encíclica *Centesimus Annus* reafirma a importância dos direitos do homem para a igreja. No artigo 47 contém uma “carta de direitos do homem” que assim estabelece:

É necessário que os povos que estão formando os seus ordenamentos dêem à democracia um fundamento autêntico e sólido mediante o reconhecimento explícito dos direitos humanos. O primeiro desses direitos é o direito à vida, complementado com o direito a crescer em uma família unida, o direito ao conhecimento e liberdade de expressão, o direito ao trabalho, o direito de formar uma família e, finalmente, o direito à liberdade religiosa.

Por fim, as conclusões sobre a ação da doutrina social da igreja para a consolidação de novos conceitos no econômico e social, sua influência sobre os direitos do homem são freqüentes para ter presente tudo o que falta fazer nessa matéria.

CAPÍTULO 4

ELEVAÇÃO DO HOMEM A SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL, RECONSTRUÇÃO E INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM: TERCEIRA FASE - DIREITOS POSITIVOS UNIVERSAIS

4.1 Precedentes Filosóficos Para a Elevação do Homem a Sujeito de Direito Humano Internacional

Para a internacionalização dos direitos do homem, era necessária uma redefinição do *status* do indivíduo no cenário mundial, a fim de que fosse considerado como sujeito de direito internacional. Para Ortiz (2005, p. 93): “Sujeito de direito internacional é aquele que tem capacidade de ser titular de direitos e obrigações na ordem internacional e reivindicar seus direitos ante a jurisdição internacional”.

A doutrina clássica afirmava que o único sujeito de direito internacional era o Estado, pois o governo é o executor das políticas públicas internas e da política exterior do país e, faz parte das instâncias internacionais; uma vez que pode somente o Estado tem capacidade para adquirir direitos e obrigações, bem como reivindicar direitos ante as instâncias internacionais.

Entretanto, com o desenvolvimento do direito internacional essa noção foi se transformando, passando a aceitar outros sujeitos de direito como as organizações internacionais que são instituições de caráter bilateral e multilateral para cumprir determinados objetivos, e no contexto internacional estes entes são considerados quase Estados, como: a Cruz Vermelha, a Santa Sé, a ONU, a OEA dentre outros.

Os filósofos fundadores do Direito Internacional trouxeram uma grande contribuição para que o homem obtivesse o *status* de sujeito de direito internacional. Francisco de Vitória fundador da tradição filosófica chamada Escola de Salamanca, tratou de questões importantes

como a dignidade e os problemas morais da condição humana, estudou as fontes e os limites do poder civil e do poder eclesiástico. Por consequência, de defender os índios combatendo os excessos cometidos durante a colonização americana: “se consolida um direito humano de muita importância em nossos dias: O direito dos povos indígenas” (SALDIVAR, s/d, 15). No que se refere ao direito de descobrimento e ocupação, Vitória (2007, p. 66-78) uniu os títulos de descobrimento e ocupação porque entendia que substancialmente era o mesmo já que a ocupação aperfeiçoava o descobrimento. Para Vitória, este título somente poderia ocorrer se as terras fossem *res nullius*, isto é, não tivessem dono e, portanto, fossem suscetíveis de ocupação e domínio. Assim, para Vitória as terras do novo mundo não podiam ser consideradas bens estranhos, pois tinham donos e estes, os indígenas, eram autênticos proprietários pública e privativamente. A filosofia vitoriana com fundamento na igualdade jurídica de todos os povos e raças veda todo tipo de discriminação destruindo o título do descobrimento e ocupação.

Vitória também trouxe valiosas contribuições para a formação do Direito Internacional moderno: desenvolveu importantes concepções sobre a guerra justa, sendo um dos primeiros a propor a idéia de uma comunidade de povos fundada no direito natural e não, simplesmente, pautada pelo direito no uso da força (GUERRA, 2008, p. 15).

Até o século XIX o homem não era reconhecido como sujeito de direito internacional, estando relegado a um segundo plano. A discussão de ser o homem sujeito de direito internacional é muito importante, uma vez que só é possível afirmar que existe uma proteção internacional dos direitos do homem a partir desse entendimento, Trindade citado por Guerra (2008, p. 16) entende que “o ser humano e seu bem-estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais”.

Além da influência dos filósofos, o direito humanitário, a formação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, e a Convenção Européia dos Direitos

Humanos foram fatores importantes do processo de internacionalização e de elevação do homem a sujeito de Direito Humano Internacional.

O Direito Humanitário trata de normas aplicadas aos Estados envolvidos em conflitos armados, bem como garantias aos combatentes, por exemplo: presos, doentes, feridos e civis vítimas do conflito.

A Liga das Nações objetivava viabilizar melhores condições para os Estados, e por consequência, para os indivíduos, pois deveria assegurar a cooperação, a paz e a segurança internacional. Já a Organização Internacional do Trabalho buscava melhores condições de trabalho e bem-estar para o trabalhador.

4.1.1 Direito Internacional Humanitário

O marco histórico inicial referente à internacionalização dos direitos do homem foi a Convenção de Direito Humanitário de 1864 considerado, então, como a primeira positivação, no campo do Direito Internacional, dos direitos do homem. Entretanto, ainda vigorava a idéia de exclusão do homem como sujeito de direito internacional, pois os instrumentos institucionais visavam apenas aos Estados, sendo os indivíduos apenas objeto de proteção, sem direito de representação.

Para Bouchet-Saulnier (2004, p. 194) o Direito Internacional Humanitário também denominado Direito dos Conflitos Armados:

é um direito muito antigo que foi sendo estabelecido progressivamente pelo costume dos Estados e pelos seus tratados. Procura limitar a escolha dos métodos de guerra para evitar sofrimentos e destruições inúteis. Proíbe certos comportamentos e organiza o direito aos socorros a favor dos não combatentes para atenuar os sofrimentos criados pela guerra.

O Direito Internacional Humanitário estabelece normas sobre os países em conflito, os países neutros, os indivíduos envolvidos nos conflitos, a relação entre eles e a proteção dos civis. Em 1755 surgiu o termo humanitário como resposta dos filósofos iluministas à crença

popular, corroborada por intelectuais, de que forças misteriosas haviam causado um terremoto em Lisboa, que matou 2000 pessoas e destruiu a cidade, isto é, que a história humana era fruto de causalidades irracionais, conforme observa Almeida (2001, p. 41) o adjetivo humanitário, foi criado pelos filósofos: “para designar o homem que se sente parte da humanidade e, portanto, preocupado com seu destino”.

O Direito Internacional Humanitário é formado pelas Convenções de Genebra e pela Convenção de Haia e tem como objetivo limitar a atuação do Estado e assegurar a observância dos direitos do homem, colocando sob sua tutela militares fora de combate (por ferimentos, doença, naufrágio ou prisão) e populações civis.

Desde os primórdios um dos fatores determinantes das relações internacionais foi a guerra, por conseguinte o direito internacional sempre se preocupou com este fenômeno. Em sentido contrário, a reflexão sobre a paz é mais recente, surgindo especificamente no século XX. Diante da predominância do estado de guerra, Arendt (2007, p. 125) entende que: “Guerras e revoluções, não o funcionar de governos parlamentares e sistemas democráticos fundamentados em partidos políticos, forma as experiências políticas básicas de nosso século”.

Por sua vez Bobbio (2000, p. 511) acrescenta que: “Gostemos ou não, estando ou não conscientes, a nossa civilização, ou aquilo que consideremos seja a nossa civilização, não seria aquilo que é sem todas as guerras que contribuíram para sua formação”. Bobbio (2003, p. 142) define a “guerra”, a partir de três características: “a guerra é, (1) um conflito, (2) entre grupos políticos respectivamente independentes e considerados como tais, (3) cuja solução é confiada à violência organizada”.

A função do Direito Internacional Humanitário é regulamentar o direito de guerra (*jus in bello*), uma vez que regulamentar a limitação e a proibição do direito de recorrer à guerra

(*jus ad bellum*) é a maior finalidade do direito internacional e da Organização das Nações Unidas, instituição criada para esse fim.

O *jus ad bellum* (direito à guerra) trata do direito de fazer a guerra quando esta parecer justa. Santo Agostinho citado por Guerra entende que a guerra justa “é aquela que obedece a um desígnio divino e também aquela que vinga injúrias ou força a restituição do que fora indevidamente tomado” (GUERRA, 2008, p. 20).

Já o *jus in bello* (direito da guerra) refere-se ao conjunto de normas, à priori, consuetudinárias, posteriormente convencionais, que se desenvolveram quando a guerra era uma opção lícita para o deslinde de conflitos entre Estados, para o Direito Internacional. Dessa forma, estabelece limites para serem observados durante os litígios armados, tais como: tratamento de feridos, prisioneiros e populações civis, distinção entre combatentes e não-combatentes, e, ainda, meios e métodos militares permitidos ou não (GUERRA, 2008, p. 20).

Por fim, o Direito Humanitário figurou como a primeira expressão de limites à liberdade e autonomia dos Estados.

4.1.2 Liga das Nações

A criação de um organismo internacional de manutenção da paz já vinha sendo pensada por trabalhos jurídicos e filosóficos precedentes, tais como **Projeto de Paz Perpétua** (1713) do Abade de Saint-Pierre e **A Paz Perpétua** (1795) de Kant. Serra (2008, p. XXI) na apresentação do opúsculo **Sobre La Paz Perpetua** explica que:

Como se sabe essa idéia exerce uma grande influência ao longo do século XIX e no século XX, até a criação da Sociedade das Nações, promovida pelo presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, e cuja denominação inglesa, *League of Nations*, é mais semelhante a alemã, *Völkerbund*, que se encontra em Kant.

Entretanto, a primeira fonte da Liga das Nações foi a Conferência de Paz de Paris, realizada em 1919, quando as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial se reuniram para negociar um acordo de paz.

A criação da Liga das Nações foi fundamentada na proposta de paz conhecida como Quatorze Pontos, feita pelo presidente dos Estados Unidos Woodrow Wilson, os quais propunham as bases para a paz e a reorganização das relações internacionais ao fim da Primeira Guerra Mundial. Nesse contexto, Lafer no prefácio da obra **O Brasil e a Liga das Nações** (1916-1926) (GARCIA, 2005, p. 7) explica que:

Foi, em síntese, uma tentativa – a primeira – de constitucionalizar o Direito Internacional. Em outras palavras, o de valer-se da experiência e das técnicas que no plano interno associaram, no século XIX, a Democracia e o Direito Constitucional para dar, no plano mundial, estabilidade à organização jurídica da comunidade internacional “domesticando” o poder soberano dos estados através do Direito.

Assim, em 10 de janeiro de 1920, foi criada a Liga das Nações também denominada de Sociedade das Nações, constituída a partir do Tratado de Versalhes, sediada em Genebra, mediante a reunião de 32 Estados, com a finalidade de promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros. Saldanha e Andrade (2008, p. 102) entendem que houve uma mudança significativa nas relações internacionais, uma vez que nesta época a diplomacia sobressaiu no sentido de que os litígios fossem evitados e se buscasse a resolução dos conflitos por meio da mediação e da arbitragem.

A Liga das Nações chegou a ter 54 membros no período em que atuou na Sociedade Internacional, de 1920 a 1946 (SILVA, 2005).

A Convenção da Liga das Nações ainda estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações, o que representou uma redefinição do conceito de soberania estatal absoluta.

O mecanismo de sanções previsto no artigo 16 do Pacto, em tese, poderia garantir a paz mundial, mas isso não aconteceu, conforme explica Cretella Neto (2007, p. 29):

(...) porque o comportamento dos Estados, à época, favorecia o protecionismo comercial e insistia em extrair da Alemanha as pesadas punições impostas pelos vencedores da 1ª Guerra Mundial, além de retirar-se da SdN quando melhor lhes conviesse, o que criou clima internacional nada favorável à manutenção da paz almejada. O resultado foi, previsivelmente, a ascensão do militarismo nacionalista em diversos países europeus e no Japão, além do isolamento política da URSS.

No tocante à manutenção da paz, os membros da Sociedade das Nações assumiram essa obrigação, mas para isso se exigiu a redução dos armamentos nacionais. O direito de possuir armamentos continuava a existir para os Estados, mas restrito a salvaguardar a própria segurança ou a executar suas obrigações internacionais. A Sociedade das Nações teve alguns resultados positivos na questão do desarmamento, sobretudo, “em relação aos critérios sobre os armamentos e os métodos (de desarmamento), embora não tivesse obtido sucesso ao impor as obrigações comuns contidas no Artigo 8º do Pacto” (CRETELLA NETO, 2007, p. 30).

Embora a noção de proteção internacional dos direitos do homem ainda não tinha sido aceita pelas nações, a Liga das Nações, foi importante para a internacionalização dos direitos do homem, pois a Convenção da Liga das Nações de 1920, continha previsões genéricas referentes aos direitos do homem, obrigando os Estados signatários a respeitarem a dignidade humana, particularmente no campo do trabalho. Pela primeira vez, foram previstas sanções econômicas e militares contra os Estados que violassem essa Convenção. Dessa forma, o exemplo de mudanças nas relações internacionais, conforme observam Saldanha e Andrade (2008, p. 102-103) foi a criação da Liga das Nações:

que, quase de imediato, começou a intervir, com algum êxito, em disputas entre Estados que no passado teriam provocado conflitos armados, assumindo, também, problemas econômicos e a tragédia dos refugiados, milhões dos quais afrontavam a Europa e o Oriente próximo devido à escassez de recursos.

Uma das previsões do artigo 22 da Convenção estabelecia o sistema de mandatos a ser aplicado apenas às ex-colônias dos países perdedores da Primeira Guerra Mundial. Nesse sentido, Bonavides (1995, p. 174) explica que:

Suscitou-se então após a Primeira Guerra Mundial a questão do destino que se daria às colônias dos Estados vencidos no conflito armado. Transferi-las pura e simplesmente, ainda sob a forma clássica de Protetorado às potências vitoriosas, equivaleria a confirmar as suspeitas de que os largos e generosos princípios apregoados na guerra ficariam deslembados na paz. Concebeu-se, pois a destinação das colônias aos Estados vencedores, mas sob o regime de "mandatos". A organização política internacional, no caso a antiga Sociedade das Nações, investiria determinados governos na tutela das populações coloniais para regê-las no interesse de sua progressiva emancipação, até que ali as condições materiais, morais e culturais estivessem suficientemente amadurecidas, em ordem a capacitá-las à plena fruição da liberdade e soberania.

Outra contribuição importante para os direitos do homem vem prescrita, no art.23 do Pacto da Sociedade das Nações que trata de: "assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança" (MAZZUOLI, 2006, p. 35). Essa função foi posteriormente assumida pela Organização Internacional do Trabalho, que teve sua fundação quase no mesmo tempo que a Liga das Nações.

A OIT sobreviveu à Liga das Nações e é agora uma das Agências especializadas das Nações Unidas. As atividades legislativas e a supervisão estabelecida pela OIT para promover e monitorar a obediência aos padrões internacionais de trabalho contribui enormemente para a melhoria das condições de trabalho e para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos do Homem.

A Liga das Nações também teve a função de proteger as minorias. Em virtude da Primeira Guerra Mundial, ocorreram mudanças territoriais no continente europeu, com a formação de novos Estados compostos por inúmeros grupos étnicos, lingüísticos e religiosos. Dessa forma, por meio dos Tratados, os Estados se comprometeram a não discriminar membros de grupos minoritários e a garantir-lhes direitos especiais necessários à preservação de sua integridade étnica, religiosa ou lingüística, exercendo essa função a partir de um

sistema de petições a ser utilizado por membros dos grupos minoritários quando da violação de seus direitos.

Em setembro de 1939, Adolf Hitler, desencadeou a Segunda Guerra Mundial. Dessa maneira, a Liga das Nações, por não conseguir manter a paz no mundo, foi dissolvida. Estava extinta por volta de 1942, entretanto, somente em 18 de abril de 1946, o organismo passou as responsabilidades à recém-criada Organização das Nações Unidas, a ONU.

4.1.3 Organização Internacional do Trabalho – OIT

A Organização Internacional do Trabalho se originou no século XIX, sendo o resultado das reflexões éticas e econômicas sobre a exploração dos trabalhadores na revolução industrial, bem como da necessidade de se normatizar em defesa dos trabalhadores e de melhores condições de trabalho. Estes argumentos foram pioneiramente defendidos pelo industrial socialista inglês Roberto Owen (1818), ampliados pelo professor da Sorbonne Louis Blanqui (1838), fundamentados pelo industrial alsaciano Daniel Legrand (1841), por Marx e Engels no Manifesto Comunista (1848) e pelo Papa Leão XIII na Encíclica *Rerum Novarum* (SÜSSEKIND, 1994).

Em 1919, a Conferência da Paz aprovou o Tratado de Versalhes, cuja Parte XIII estabeleceu sobre a criação da OIT e determinou os princípios gerais trabalhistas a serem seguidos pela Liga das Nações. A OIT funda-se no princípio de que a paz universal e permanente sendo responsável por inúmeras conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial e permitiram a melhoria das condições de trabalho no mundo.

Em 10 de maio de 1944, diante das conseqüências da Segunda Guerra Mundial, a OIT reafirmou na Declaração da Filadélfia que uma paz duradoura só pode ser alcançada se fundada na justiça social.

Por fim, a Organização Internacional do Trabalho foi um acontecimento importante no processo de internacionalização dos direitos do homem.

4.2 O Retrocesso dos Direitos do Homem

Em relação aos maiores problemas da era moderna Bobbio (2000b, p. 497) ressalta que:

Quando alguém me pergunta quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais do nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem e o problema da paz. Fundamentais no sentido de que da solução do problema da paz depende a nossa própria sobrevivência, e a solução do problema dos direitos do homem é o único sinal certo de progresso civil.

O período de 1871 a 1914, denominado de Paz Armada, na Europa Ocidental, marcou a esperança de um futuro promissor, pois parecia que os temores da guerra era coisa do passado. Alguns fatores justificavam o otimismo em relação à paz: os movimentos pacifistas, a arbitragem internacional e as conferências internacionais de paz.

Assim, se teve um grande aumento de investimentos em armamentos, influenciados, sobretudo, pela Revolução Industrial, que aprimorou as máquinas de guerra. Também, o serviço militar obrigatório prolongado e o treinamento marcial estavam em voga. Embora os gastos com armamentos onerassem sobremaneira a economia dos países: “os estadistas continuavam na mesma trajetória e afirmavam que a corrida armamentista era a segurança para a paz” (SILVA, 1992, p. 20).

Nas décadas anteriores à Primeira Guerra Mundial ocorreu um aumento considerável de organizações e pessoas que buscavam a promoção da paz. Após 1891, em Berna, na Suíça, reuniam-se anualmente intelectuais de vários países numa Conferência Internacional de Paz. Os socialistas eram contra a guerra e a corrida armamentista. Setores da Igreja, também aderiram ao movimento pela paz (SILVA, 1992).

Por iniciativa do czar Nicolau II, em 1899, realizou-se em Haia, na Holanda uma Conferência pela Paz, com representantes de 26 Nações, com o escopo de fazer um plano de desarmamento. Embora, não se realizou nenhum acordo sobre o desarmamento, a Conferência criou um Tribunal de Arbitragem Internacional a fim de resolver os conflitos entre as Nações e se iniciou uma codificação de leis internacionais sobre a guerra (SILVA, 1992).

4.3. A Primeira Guerra Mundial

Em 28 de junho de 1914, o atentado de Sarajevo, capital de província da Bósnia-Herzegóvina, em que o estudante sérvio Gavrilo Princip matou a tiros o sucessor do trono austro-húngaro, arquiduque Francisco Ferdinando e sua mulher, serviu de pretexto para que o Império Austro-Húngaro atacasse a Sérvia. O conflito se propagou rapidamente em consequência do sistema das alianças militares: a Tríplice Aliança (Alemanha, Império Austro-Húngaro e Itália, 1882) e a *Entente Cordiale* (Grã-Bretanha e França, 1904), base da Tríplice Entente (Grã-Bretanha, França e Rússia, 1907) – formadas para impedir o crescimento industrial, comercial e militar alemão. Assim, a contradição dos interesses imperialistas entre os países da Europa, aliado ao espírito nacionalista emergente, foi o grande motivo para se iniciar a guerra.

A tecnologia da Revolução Industrial foi usada na produção de novos armamentos, como: granadas, gases venenosos, tanques, submarinos, metralhadoras e aviões. Assim, houve inovações militares, a maior parte da luta foi em trincheiras e as operações militares consistiam em bombardeios.

Com a rendição da Alemanha, condições vexatórias foram impostas pelo Tratado de Versalhes (as possessões alemãs no ultramar ficaram sob mandato da Liga das Nações, perda de partes de seu território, pagamento de vultosas indenizações etc.). Estas serviram para o

crescimento do regime totalitário nazista configurando-se numa das causas da Segunda Guerra Mundial que envolveu vinte e sete nações, em relação às perdas humanas, é preciso ressaltar que dos 61 milhões de homens envolvidos na luta, o custo em vidas humanas certamente ultrapassou os 15 milhões (SILVA, 1992).

Finalmente, essa é a terrível conseqüência presente no fim da Primeira Guerra Mundial e que serviu de base para o desenvolvimento dos precedentes históricos da moderna sistematização dos direitos do homem.

4.4 A Segunda Guerra Mundial

A Segunda Guerra Mundial (1939–1945) opôs os Aliados às Potências do Eixo, tendo sido o conflito que causou mais vítimas na história da Humanidade. As principais potências aliadas eram a China, a França, a Grã-Bretanha, a União Soviética e os Estados Unidos. O Brasil se integrou aos Aliados em 1943. A Alemanha, a Itália e o Japão compunham o bloco do Eixo. Entretanto, muitos países participaram na guerra, apoiando um dos lados, e, ainda, na França e na Iugoslávia se teve conflitos internos entre partidários de ambos os lados.

O ditador Adolf Hitler, *Führer* do Terceiro Reich, pretendia criar uma "nova ordem" na Europa, baseada nos princípios racistas de superioridade da raça ariana alemã, excluindo até fisicamente algumas minorias étnicas e religiosas, como os judeus e os ciganos, bem como deficientes físicos e homossexuais; e, ainda, suprimiu as liberdades e direitos individuais, perseguindo as ideologias liberais, socialistas e comunistas.

Por fim, a Itália e o Japão entraram na guerra para satisfazer os seus interesses imperialistas. As nações aliadas como a França, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América e a União Soviética opuseram-se a estes desejos do Eixo.

4.5 O Totalitarismo

Hannah Arendt (1989, p. 512) na obra **Origens do Totalitarismo**, escreve acerca das experiências e das condições que possibilitaram o surgimento de uma forma de opressão política que, em sua essência, difere de todas as outras: o totalitarismo.

O fenômeno autoritário que representa a violação dos direitos do homem ocorre de modo paralelo ao desenvolvimento da terceira geração de direitos do homem. Para Arendt, não se pode mais confiar inteiramente na forma tradicional de conceber o passado, posto que uma ruptura na tradição tornou impossível explicar o conseqüente em razão do antecedente. Essa ruptura, trazida a termo pela experiência inédita de campos de concentração e fábricas de morte (cfm. *As Origens do Totalitarismo*, parte 2, capítulo 5), faz com que não seja mais possível aproveitar o passado de forma completa.

Lafer faz uma importante reflexão entre o pensamento de Arendt e o estudo dos direitos do homem. Em **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com Hannah Arendt** (1988, p. 8), Lafer parte do pressuposto de que a preocupação fundamental do pensamento de Arendt é o homem, que em virtude do totalitarismo, fenômeno exclusivo do século XX, pode perder a sua condição humana, tornando-se um ser descartável, isto é, pode ser trocado por outro, substituído ou igualado a uma coisa.

Como se sabe, todos os regimes totalitários usam da violência que consiste na intervenção física voluntária de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo, ou, ainda, contra si próprio, tendo como finalidade destruir, ofender e coagir. Em regra, a violência é exercida contra a vontade da vítima, mas, excepcionalmente, tem-se o suicídio ou greve de fome, que ensejam atos de violência provocados pela vítima contra si mesma, com finalidade propagandística ou de outro tipo (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2000, p. 1291).

Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000, p. 1295) explicam que a violência tem como escopo “destruir os adversários políticos ou colocá-los na impossibilidade física de agir com eficácia” e citam como exemplos: “as guerras de extermínio, os genocídios, a expulsão dos opositores do território do Estado e todas as formas de reclusão e de deportação para campos de concentração ou para lugares de desterro”.

Lafer (1988, p. 81) diante da extrema de violência praticada nos governos totalitários, reflete sobre a legalidade e a legitimidade do poder estatal que reduz os homens a instrumentos geradores de novas violências contra outros homens. O totalitarismo gera uma ruptura na evolução histórica da tradição ocidental, vinculando-se ao fenômeno da descontinuidade e da fragmentação do mundo moderno.

Lafer (2003, p. 112) entende que:

O totalitarismo, em suma, é uma proposta inédita de organização da sociedade que escapa ao senso comum (*sensus communis*) do estar entre os homens (*inter-homines esse*), posto que, desconcertante para qualquer medida ou critério razoável de Justiça tradicionalmente relacionados à punição proporcional ao ato punível; a distribuição equitativa dos bens e situações de boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*. É, com efeito, uma nova forma de governo que, ao almejar a dominação total através do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiqüidade do medo, fez do campo de concentração o seu paradigma.

O governo totalitário se mantém por meio da burocracia e do terror aos cidadãos, especialmente aqueles ligados a determinadas categorias da população, como os judeus na Alemanha nazista.

O totalitarismo se origina da própria condição de *animal laborans* do homem moderno: um homem que apenas sobrevive, e que em virtude da barbárie da educação tem dificuldade para pensar e, por isso, pode ser manipulado, não possuindo sua opinião, e, ainda, os meios de comunicação social estimulam a violência e pouco colaboram na formação do cidadão, conforme explica Mattéi (2002, p. 184-185):

A resposta cínica à pergunta de Hannah Arendt consistiria talvez no seguinte: o pequeno John não sabe ler porque, em vez de lhe darem um livro, deram-lhe antes uma arma. Todos sabem que as crianças americanas, antes de serem escolarizadas, passam várias horas por dia em frente da televisão sem terem visto um livro até então. E armas destrutivas de toda natureza, em reportagens, filmes ou desenhos animados, são apresentados de maneira obsessiva em todas as

redes de televisão, não somente nos Estados Unidos, mas no mundo inteiro, graças ao fogo cruzado dos satélites.

Uma das características do totalitarismo consiste em anular a dimensão individual do cidadão integrando-o no corpo da nação. Todavia, aqueles que não se enquadram nos moldes do regime são tidos como indesejáveis, com base em critérios raciais e políticos. Desse modo, deveriam deixar o país ou, *a posteriori*, seriam eliminados pelo Estado. Este fenômeno é decorrente do desequilíbrio entre o indivíduo e o Estado, característica dos regimes fascistas e nazistas. Com efeito, temos a aniquilação total do indivíduo, fundada na Segurança Nacional e na pureza da raça (CARNEIRO, 2007, p. 37). Arendt (2006, p. 191) explica que:

Historicamente falando, os racistas, embora assumissem posições aparentemente ultranacionalistas, foram piores patriotas que os representantes de todas as outras ideologias internacionais; foram os únicos que negaram o princípio sobre o qual se constroem as organizações nacionais de povos – o princípio de igualdade e solidariedade de todos os povos, garantido pela idéia de humanidade.

O racismo é definido no **Dicionário de Política** de Bobbio, Matteucci e Pasquino como:

não a descrição da diversidade das raças ou grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência ao comportamento do indivíduo à raça a que pertence e, principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se considerem inferiores.

O racismo não é uma teoria científica, mas um conjunto de opiniões pré concebidas onde a principal função é valorizar as diferenças biológicas entre os seres humanos, em que alguns acreditam ser superiores aos outros de acordo com sua matriz racial. A crença da existência de raças superiores e inferiores foi utilizada muitas vezes para justificar a escravidão, o domínio de determinados povos por outros, e os genocídios que ocorreram durante toda a história da humanidade.

No século XIX houve uma tentativa científica para explicar a superioridade racial através da obra do conde de Gobineau, intitulada por “*Essai sur l'inégalité des races*

humaines” (**Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas**). Nesta obra Gobineau sustentou que a raça ariana ou nórdica é superior biológica e espiritualmente que as outras, devendo assim, dominar o mundo.

Em 1899, o inglês Houston Stewart Chamberlain, chamado de “O antropólogo do Kaiser”, publicou na Alemanha a obra *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts* (**Os fundamentos do século XIX**). Esta obra trouxe o mito da raça ariana novamente e identificou-a com o povo alemão.

Um dos principais teóricos da teoria racista do nazismo foi Alfred Rosenberg que na obra **Mito do Século XX** (1930) sustenta que a raça superior ariana teria saído do norte da Europa em época remota e:

difundiu-se na Antiguidade para o Egito, a Índia, a Pérsia, a Grécia e Roma, dando origem às civilizações antigas, que decaíram porque os arianos se misturaram com raças inferiores. Todas as ciências, artes e instituições fundamentais da vida humana foram criadas por essa raça. Em oposição à ela está a anti-raça judaica, que criou os venenos da raça, que são a democracia, o marxismo, o capitalismo, o intelectualismo artístico e até mesmo os ideais de amor, humildade e igualdade difundidos pelo cristianismo que representa uma corrupção romano-judaica dos ensinamentos do ariano Jesus (ABBAGNANO, 2003, p. 822-823).

Também, Adolf Hitler, na obra **A Minha Luta** (1934) entende que a raça ariana é depositária do progresso da civilização e, por conseguinte, como um povo de senhores, tem de conquistar e submeter as raças inferiores. O racismo conduz a um Estado racista, pois por meio do nazismo, pela primeira vez na história da Europa, o racismo atingiu uma dimensão Estatal (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2000, p. 1061).

Os fundamentos do racismo, conforme Bobbio (2002, p. 123, 127-128) são três: 1 – a humanidade está dividida em raças, cuja diversidade é dada por características biológicas, cuja natureza é invariável e se transmite hereditariamente; 2 – não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores, e 3 – não só existem raças, e estas se dividem entre superiores e inferiores como também as superiores têm o direito de dominar as inferiores.

O racismo leva a condutas agressivas, tais como a discriminação que consiste em impedir a mistura dos diversos entre os iguais. O regime do *apartheid* na África do Sul consistiu numa forma de segregação institucionalizada, antiga herança do colonialismo europeu. Cretella Neto (2008, p. 615) explica que o termo:

apartheid (= vida em separado, no idioma africânder) é uma forma de discriminação racial que constituiu parte da política de governos segregacionistas da Rodésia do Sul (atual Zimbábue), entre 1965 e 1979, e da África do Sul, durante boa parte da segunda metade do século 20. Nesse último país foi adotada legal e institucionalmente em 1948 – por ironia o mesmo ano em que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos – para designar um regime segundo o qual os brancos detinham o poder e os povos restantes eram obrigados a conviver separadamente, de acordo com regras que os impediam de ser verdadeiros cidadãos. O regime foi abolido por Frederik de Klerk em 1990 e, finalmente, em 1994, eleições livres foram realizadas.

O último grau da escala da violência oriunda do racismo é a agressão física, que se inicia de modo esporádico como fazem os *skinheads* e pode chegar ao extermínio em massa, tal como aconteceu no regime nazista. Bobbio na obra **Elogio da Serenidade** (2002, p. 128-129, p. 125-126) explica que a Alemanha foi:

um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças mas também indivíduos inferiores física ou psicologicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes.

Diante deste quadro de xenofobia a ONU estabeleceu um documento visando a proteção dessas pessoas e grupos, afirmando a igualdade perante a lei e o direito a proteção contra quaisquer tipos de discriminação referentes a cor, raça ou nacionalidade. Assim, a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial observa a importância de se eliminar todas as formas de discriminação, assegurar o respeito à dignidade humana e define a discriminação racial como:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública (GUERRA, 2008, p. 151).

O totalitarismo representou o auge da violação dos direitos do homem, uma vez que reduziu o homem a uma condição de coisa, tendo o genocídio como forma extrema de eliminação dos seres supérfluos ou indesejáveis. Como consequência desse fato, no tocante à proteção dos direitos do homem, teve-se a qualificação técnico-jurídica de genocídio como crime contra a humanidade, conforme expressa o art. 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio.

Lafer (1988, p. 261 e ss), ao comentar Arendt, enfatiza a importância ao direito de estar só, ao direito à intimidade, e à importância dada a seu contraponto, o direito à informação. Modernamente, o direito à intimidade se liga não só à proibição de ingerência do poder público, como também da possibilidade de terceiros interferirem, principalmente por meio de recursos tecnológicos, na vida privada das pessoas. Já o direito à informação se relaciona ao princípio da publicidade e da transparência do poder público, coibindo-se a mentira e a manipulação ideológica.

Lafer (1988, p. 308) salienta que, a partir da obra de Arendt, é possível inferir que a reconstrução dos Direitos Humanos no mundo do *animal laborans*, passível de ser dominado a qualquer tempo pelas várias espécies de totalitarismo, perpassa pelas seguintes proposições:

I) ver na cidadania o direito a ter direitos, uma vez que a igualdade não é um dado mas uma consciência coletiva construída que requer por isso espaço público; II) qualificar o genocídio como crime contra a humanidade, a ser punido por recusa a pluralidade e a diversidade; III) sublinhar a importância do direito de associação na geração do poder, inclusive como resistência à opressão, que – na situação limite da desobediência civil enquanto agir conjunto voltado para a preservação do interesse público – pode resgatar a obrigação político-jurídica de destrutividade da violência, seja ela exercida *ex parte principis*, ou *ex parte populi*; IV) insistir na clássica importância da distinção entre público e privado para tutelar o direito à intimidade, evitando a desolação, e de realçar a relevância da coincidência do público com o comum e o visível, para limitar o efeito da mentira através do direito à informação.

4.5.1 Perdas humanas: Holocausto, Apátridas, Refugiados e Guerras

Durante a Segunda Guerra Mundial, as ditaduras de Hitler, Mussolini e Hiroito foram responsáveis por inúmeras violações dos direitos do homem.

A análise do holocausto é de suma importância para a compreensão dos direitos do homem, visto que nos leva a refletir sobre a responsabilidade do Estado pela preservação da vida do cidadão.

O Holocausto ou Shoah (CARNEIRO, 2007, p. 5):

Shoah, muitas vezes, é traduzido imprecisamente como Holocausto. Cabe aqui uma distinção, apesar de ambas as palavras serem empregadas para explicar um mesmo fenômeno. Shoah, palavra hebraica que significa destruição, ruína, calamidade (cf. Isaías, 10:3), é utilizada em Israel para designar o extermínio dos judeus na Europa nazista. Holocausto, do grego holókauston, significa sacrifício em que a vítima era queimada inteira. Entre os antigos hebreus possui o mesmo significado.

Hitler na obra **Minha Luta** (1925, p. 70) expressa que:

Os direitos do homem estão acima dos direitos do Estado. Se, porém, na luta pelos direitos do homem, uma raça é subjugada, significa isso que ela pesou muito na balança do destino para ter a felicidade de continuar e existir neste mundo terrestre, pois quem não é capaz de lutar pela vida tem o seu fim decretado pela providência. O mundo não foi feito para os povos covardes.

Desse modo, Hitler, entendia que os direitos do homem estão acima do Estado, mas sua concepção é distorcida e discriminatória, uma vez que somente os membros de uma raça superior poderiam ter esses direitos. Os demais seres humanos deveriam ser eliminados, pois o mundo não foi feito para covardes (MARMELESTEIN, 2008, p. 4).

A política nazista de eliminação (a solução final) das minorias tidas como indesejáveis, como os judeus, ciganos, eslavos, homossexuais, portadores de deficiência e dissidentes políticos, contava com sofisticada organização de busca, seleção, transporte, concentração e assassinato nos campos de extermínio. Havia um aparato estatal, funcionando de forma burocratizada, estruturado para cometer as maiores atrocidades em nome do Estado.

Canotilho (2003, p. 387) entende que o termo minoria refere-se a:

um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de fato e de direitos com a maioria

Por sua vez Carneiro (2007, p. 36) explica que a expressão Solução Final é:

hoje identificada como a fórmula encontrada para eliminar os judeus da Alemanha e dos territórios conquistados, ou seja, de liquidar todos os problemas relativos às minorias e aos apátridas. A solução que o Reich apresentou para o problema judeu (Judenfrage) – caracterizada como uma ideologia eliminacionista – deve ser entendida como a culminação de um longo processo de terror.

Bobbio (2002, p. 110) observa que entre as aberrações que ocorreram na Segunda Guerra Mundial a mais terrível foi a “solução final” criada pelos nazistas para resolver o problema dos judeus no mundo:

o extermínio sistemático de todos os judeus existentes em todos os países em que o nazismo estendera seu domínio. Para chegar a esta conclusão, os doutrinadores do nazismo tiveram de passar por estas três diversas fases: a) os judeus são diferentes dos arianos; b) os arianos são uma raça superior; c) as raças superiores devem dominar as inferiores, e até mesmo eliminá-las quando isto for necessário para a própria conservação.

Em Nuremberg, na Alemanha, ocorreram diversos julgamentos que foram realizados por um tribunal internacional oriundo de um acordo assinado em Londres, em agosto de 1945, por representantes dos países vencedores da Segunda Guerra: União Soviética, Estados Unidos, Grã-Bretanha e França. O Tribunal de Nuremberg foi formado por juízes e promotores desses quatro países sob a presidência do promotor norte-americano Robert Jackson. Entre os vinte e dois réus, dezenove foram condenados a penas variadas, tais como: morte por enforcamento, prisão perpétua, dez anos de prisão. Somente três acusados foram absolvidos.

Leon Goldensohn foi psicólogo dos nazistas na prisão de Nuremberg quando, os acusados, aguardavam julgamento pelos crimes contra a humanidade que cometeram na Segunda Guerra Mundial. No livro **As Entrevistas de Nuremberg**, Goldensohn (2005, p. 348) conversa com Rudolf Hess, tenente-general da SS a partir de 1942, comandante do campo de concentração de Auschwitz de 1940 a 1943, preso pelos britânicos em 1946 e entregue à Polônia:

“Fui comandante de Auschwitz durante quatro anos, de maio de 1940 a 1º de dezembro de 1943”. Perguntei quantas pessoas foram executadas em Auschwitz durante aquela época. “O número exato não dá para saber. Estimo que uns 2,5 milhões de judeus”. Somente judeus? “Sim”. Mulheres e crianças também? “Sim”.

O que você acha disso? Hoess pareceu confuso e apático. Repeti a pergunta e indaguei se ele aprovara o que acontecera em Auschwitz. “Eu recebia minhas ordens pessoais de Himmler”. Você alguma vez chegou a protestar? “Eu não podia. Tinha que aceitar as razões dadas por Himmler”. Em outras palavras, você acha que justificava matar 2,5 milhões de homens, mulheres e crianças? “Não se justificava – mas Himmler me disse que, se os judeus não fossem exterminados àquela altura, o povo alemão seria exterminado para sempre pelos judeus”.

Como é que os judeus conseguiriam exterminar os alemães? “Não sei, isso é o que Himmler dizia. Himmler não explicou”. Você não tem idéias ou opiniões próprias? “Sim, mas quando Himmler nos dizia algo, era tão correto e natural que obedecíamos cegamente”. Você tem algum sentimento de culpa por aquilo? “Sim, agora naturalmente me faz pensar que não estava certo”.

Rudolf Hess foi processado por um tribunal militar polonês e enforcado em Auschwitz em 7 de abril de 1947.

Arendt (2007, p. 91-92) explica que:

A guerra deixou de ser a *ultima ratio* das negociações que ocorrem em conferências, nas quais os objetivos da guerra eram assentados no momento da suspensão das negociações, de modo que as ações militares que eclodiam depois nada mais eram, de fato, que a continuação da política por outros meios. Aqui se trata muito mais de alguma coisa que jamais poderia ser, de maneira natural, objeto de negociações, trata-se da existência nua e crua de um país e de um povo. Somente neste estágio – em que a guerra não pressupõe mais como viável a coexistência das partes inimigas e só liquidar, de maneira violenta, os conflitos surgidos entre elas – a guerra deixou realmente de ser um meio da política e começa, na condição de guerra de extermínio, a romper os limites impostos à coisa política e, com isso, a se auto-exterminar.

Dentre as atrocidades cometidas pelo nazismo destacam-se o confisco de bens, tortura, experimentos médicos, pena de morte, deportação, banimento, que eram praticados regularmente pelos nazistas como se fosse uma coisa normal. Essa prática de atos cruentos sem qualquer reflexão é denominado por Hannah Arendt no livro **Eichmann em Jerusalém** como a banalidade do mal. Eichmann era um nazista que foi considerado como um dos principais responsáveis pela solução final da questão judaica.

Hannah Arendt observa que o dia 8 de maio de 1945, data da derrota da Alemanha, foi significativo para Eichmann (ARENDR, 2008, p. 43-44):

Senti que teria de viver uma vida individual difícil e sem liderança, não receberia diretivas de ninguém, nenhuma ordem, nem comando me seriam dados, não haveria mais nenhum regulamento pertinente para consultar – em resumo, havia diante de mim uma vida desconhecida.

Dessa maneira, ao longo do julgamento, foi-se formando sobre o acusado a imagem de um homem medíocre, obediente aos seus superiores hierárquicos e eficiente naquilo que fazia, sem qualquer arrependimento por estar destruindo vidas humanas. Eis a “banalidade do mal”.

Arendt (2008, p. 269) entende que:

Sua culpa provinha de sua obediência, e a obediência é louvada como virtude. Sua virtude tinha sido abusada pelos líderes nazistas. Mas ele não era membro do grupo dominante, ele era uma vítima, e só os líderes mereciam punição. (Ele não foi tão longe quanto muitos outros criminosos de guerra de baixa patente, que declararam ter ouvido dizer que não deviam nunca se preocupar com “responsabilidades”, e que agora estavam incapacitados de chamar os responsáveis para falar porque eles tinham “escapado e (os) abandonado” – cometendo suicídio, ou sendo enforcados). “Não sou o monstro que fazem de mim” . Eichmann disse. “Sou vítima de uma falácia”.

O julgamento de Eichmann teve repercussão internacional. A defesa argumentou que o acusado “apenas cumpria ordens”. Declarou que havia abdicado de sua consciência para seguir o princípio do líder. Em 1º de dezembro de 1961, Eichmann foi condenado à morte por enforcamento.

Todas essas atrocidades eram protegidas pelo regime jurídico vigente na Alemanha. Em 1933, Hitler chegou ao poder pelo voto popular da maioria dos eleitores. Neste ano foi aprovado o Ato de Habilitação, conferindo ao gabinete de Hitler o poder de editar normas capazes de alterar a Constituição. Esse ato formalmente válido deu fundamento jurídico às barbaridades cometidas contra os judeus. As denominadas Leis de Nuremberg, aprovadas em 1935, oficializaram o anti-semitismo, proibindo, por exemplo, o casamento, a coabitação e as relações sexuais entre judeus e alemães, além de estabelecer uma divisão social que releva os judeus a uma segunda categoria.

O alicerce normativo do direito alemão nazista era a vontade do líder (Princípio do *Führer*). O que Hitler estabelecia era lei e, portanto, deveria ser obedecido. Assim, todos os que estavam abaixo de Hitler somente deveriam cumprir suas ordens. Deveriam então ser responsabilizados por seus atos, pois estavam somente obedecendo a seu líder?

Esta pergunta merece uma reflexão. Para respondê-la, os países vencedores da segunda guerra criaram o Tribunal de Nuremberg para julgar os crimes contra a humanidade praticados pelos nazistas.

Durante o julgamento do juiz Ernst Janning que preferiu sentença de morte ao judeu Feldenstein, acusado de contaminação racial por haver mantido relações sexuais com uma alemã. “Pela lei da época, um não ariano que tivesse relações sexuais com um ariano deveria ser punido com a morte e assim foi decidido pelo juiz Janning” (MARMELSTEIN, 2008, p. 8). Após dura preleção do acusador, o advogado de defesa conseguiu sintetizar o paradoxo do julgamento, no qual os juízes estavam sendo acusados precisamente por cumprirem a lei: “Um juiz não faz a lei. Ele faz cumprir as leis de seu país (...). Deveria Ernst Janning fazer cumprir as leis de seu país ou deveria ter se negado a fazê-las cumprir e se tornado um traidor? Este é o ponto crucial deste julgamento” (MARMELSTEIN, 2008, p. 8).

Desse modo, George Marmelstein (2008, p. 8) explica que:

É realmente, um grande dilema condenar juízes que nada mais fizeram do que respeitar o juramento de cumprir fielmente as leis de seu país. Mais difícil ainda é condenar esses juízes sabendo que a mentalidade dominante na época defendia que o papel do operador do direito era o de aplicar a lei, pouco importando se era justa ou injusta. Nessa ótica, as “Leis de Nuremberg”, por mais odiosas que fossem, seriam normas válidas, segundo o ordenamento jurídico alemão. Logo, deveriam ser cumpridas, apesar de seu conteúdo.

Apesar disso, houve-se a condenação dos juízes réus, pois o Tribunal entendeu que eles colaboraram e participaram do regime nazista. Várias críticas foram feitas por juristas de todo o mundo contra o tribunal de Nuremberg, alegando-se que este seria um Tribunal de exceção, pois não havia qualquer fundamento jurídico prévio para justificar sua instalação. De fato, é questionável a legalidade deste Tribunal, uma vez que se tratava de um tribunal de guerra e não de um julgamento meramente jurídico (MARMELSTEIN, 2008, p. 8).

Assim, sobre a sentença condenatória proferida pelo tribunal de Nuremberg, Marmelstein (2008, p. 9) observa que:

apesar de todas as críticas que lhe foram imputadas por ter violado princípios básicos de direito penal, simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado (...). “Os direitos do homem estão acima dos direitos do Estado” – eis, em síntese, o significado do julgamento de Nuremberg.

Outros problemas provenientes das guerras e dos regimes totalitários são os sem pátria, também denominados de Apátridas e os refugiados.

A palavra apátrida (do grego áparis) se refere àqueles que perderam sua nacionalidade de origem por motivo político, racial ou de casamento. Os primeiros apátridas (Heimatlosen) foram assim denominados pelos tratados de paz assinados após a Primeira Guerra Mundial. Estes eram, na sua maioria, judeus provenientes dos Estados sucessórios e que, por motivos políticos, não podiam (ou não queriam) viver sob a proteção da maioria que havia sido levada ao poder em seus países de origem. A partir do momento em que os judeus alemães foram expulsos por Hitler, tornaram-se parte significativa dos grupos apátridas até então compostos por russos e armênios. Instituições governamentais internacionais e associações judaicas e não-judaicas mobilizaram-se, após 1933, com o objetivo de solucionar o problema vivenciado por essas pessoas sem pátria (CARNEIRO, 2007, p. 37).

Também a questão dos refugiados é decorrente das guerras e da violação dos direitos do homem. A Primeira Guerra Mundial gerou 4 milhões de refugiados e a Segunda Guerra Mundial fez surgir mais de 40 milhões de refugiados (JUBILUT, 2007, p. 78). A definição doutrinária ocorreu com a Convenção de 1951 e com o Protocolo de 1967:

status de refugiado é reconhecido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, enquanto o asilo tem sua prática determinada à perseguição política.

Dessa maneira, os motivos de reconhecimento anteriormente citados relacionam-se a direitos civis e políticos assegurados na esfera internacional e que, neste caso, são desrespeitados.

Encontram-se os fundamentos filosóficos do refúgio nas obras de Kant e Bobbio. Para Kant (1970) todo homem tem direito de ser tratado como amigo em qualquer parte do mundo,

uma vez que deveria prevalecer o direito à hospitalidade, essencial para o alcance da paz perpétua. Para Bobbio (1992, p. 138), o fato de o estrangeiro contar com a hospitalidade de todos “não apenas um dever meramente filantrópico”, mas sim um direito.

Bobbio (1992, p. 138-139) explica que:

o direito cosmopolita não é, para Kant, ‘uma representação de mentes exaltadas’, já que, num mundo aonde se chegou progressivamente, no que se refere à associação dos povos da terra [...], a um tal nível que a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos’, o direito cosmopolita é o ‘necessário coroamento do código não escrito, tanto do direito público interno como do Direito Internacional, para a fundação de um direito público geral e, portanto, para a realização da paz perpétua’.

Desse modo, a proteção do ser humano é dever do Estado, o qual deve garanti-la para os nacionais e estrangeiros sob sua jurisdição, uma vez que os refugiados são uma categoria de ser humano que depende dessa proteção.

Na Segunda Guerra Mundial, pela primeira vez o ser humano passou a viver não mais apenas sob a ameaça de guerras culturais, de nações, mas sob o perigo de destruição de toda a humanidade por meio das armas nucleares e a possibilidade da destruição de um povo por motivos políticos, retomando-se a guerra de extermínio, conforme explica Russo (1999, p. 23), os Estados Unidos lançaram duas bombas atômicas no Japão:

Em 6 de agosto de 1945, o *Enola Gay*, uma superfortaleza voadora B 29 norte-americana, a mando do comandante Paul Tibets, lança – por ordem direta do Presidente Truman – uma bomba atômica sobre o porto e base naval de Hiroshima, Japão, matando mais de 100.000 pessoas, a maioria civis. Três dias depois a experiência se repetiu em Nagasaki e em 2 de setembro, a bordo do encouraçado *USS Missouri*, Japão firmava a rendição, pondo fim a segunda guerra mundial.

Assim, diante das novas necessidades humanas, aparecidas após a Segunda Guerra Mundial, tem-se a busca pelo direito à paz, inserido, sobretudo, no clima tenso da guerra fria que, além da constante ameaça da guerra nuclear: “À Segunda Guerra Mundial não se seguiu a paz, mas uma guerra fria e o estabelecimento do complexo de trabalho industrial-militar” (ARENDR, 2001, p. 16). Nesse sentido, Bobbio (1997b, p. 28-30) reflete que: “a construção da bomba de hidrogênio deve ser condenada, pois tal dispositivo bélico é um mal em si

mesmo (...). De forma mais drástica: não estou seguro de que a bomba de hidrogênio seja capaz de salvar o mundo; poderia destruí-lo”.

O bom senso indicaria que a humanidade teria aprendido a lição, mas as violações aos direitos do homem continuaram, nas guerras da Coreia, do Vietnã, do Golfo e da Bósnia, sempre com a presença militar estado unidense. Houve ainda uma multiplicação de conflitos não só internacionais, mas também internos, gerando situações de violência inesperada.

Com o fim da Guerra Fria ocorreu a intensificação dos conflitos étnicos dos riscos representados pela manipulação do patrimônio genético, bem como a perseguição das minorias religiosas e as ameaças oriundas do terrorismo. Diante da queda da União Soviética e a conseqüente hegemonia dos Estados Unidos tem-se o aparecimento do totalitarismo norte-americano, pois o governo ianque não presta contas aos Tribunais Internacionais em virtude de não ter ratificado os tratados que possa comprometê-lo. Em sentido contrário ao multilateralismo de Wilson, atualmente, os Estados Unidos adotam uma nova forma totalitarismo mediante sua política isolacionista em matéria de compromissos internacionais e intervencionista como política planetária.

Em 11 de setembro de 2001, o governo norte-americano encontrou um inimigo denominado terrorismo. Paralelamente, usou os atentados as torres gêmeas e ao pentágono como fundamento para a invasão do Afeganistão e para a guerra preventiva contra o Iraque. Para isso se usou uma grandiosa máquina de guerra na busca de um inimigo.

Para Wood em eventos recentes como a invasão do Iraque por americanos e ingleses em 2003, evidenciam que os retrógrados líderes dizem que praticam atos nobres quando iniciam guerras colonialistas injustas às nações não-ocidentais:

(Somente a verborrêia hipócrita mudou – de “civilizar” aqueles que são conquistados, eles agora pretendem “libertá-los”, embora sejam igualmente incapazes de fazer qualquer delas, o que dificilmente é uma surpresa no caso dos instigadores americanos desse imperialismo, já que representam tudo o que é menos civilizado e mais hostil à liberdade na cultura política de seu próprio país) (WOOD, 2008, p. 212).

Essa forma de autoritarismo é estranha a tradição dos Estados Unidos por refletir uma deterioração cultural da sociedade norte-americana e um perigoso abandono dos princípios da democracia caracterizado pelo desespero, conforme entende Zaffaroni (2006, p. 63) para “conseguir um inimigo que preencha o vazio existente desde a implosão soviética. A multiplicidade de candidatos, a insuficiência da droga e a excessiva abstração do crime organizado o incapacitam para individualizar os inimigos possíveis mais além do delinqüente comum”.

Nesse contexto, tem-se a Teoria do Direito Penal do Inimigo que estabelece o tratamento distinto quando se depara com o inimigo se nega seu direito de pessoa, já que ele é tido como perigoso a sociedade. Como consequência da perigosa distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), estes têm seus direitos restritos ou cancelados, violando nitidamente o art. 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

4.6 O Ressurgimento do Direito Natural no Pensamento Contemporâneo

No período compreendido entre os séculos XIX e primeira metade do XX, a escola do direito positivo se fortaleceu no mundo ocidental, impondo-se sobre os preceitos da escola do direito natural. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, quando o Estado deveria proteger os direitos do homem, paradoxalmente, a política nazista, se tornou uma grande violadora dos direitos do homem, muitos horrores e catástrofes aconteceram amparados em leis; assim, a escola do direito natural novamente se fortaleceu, chegando inclusive a influenciar tratados firmados internacionalmente, como a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Kelsen não teve nenhuma participação na elaboração de leis nazistas, entretanto, sua teoria pura serviu para dar fundamento jurídico para se tentar justificar as atrocidades cometidas contra os direitos do

homem, visto que nesta teoria não há margem para o jurista discutir sobre o conteúdo da norma. Assim, George Marmelstein (2008, p. 11) observa que:

Na ótica de Kelsen, não cabe ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. E foi precisamente essa questão levantada pelos advogados nazistas: segundo eles, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade.

Nessa linha de pensamento, o interesse pela obra e pela filosofia de Gustav Radbruch, ressurgiu quando ressurgiu a disputa entre o positivismo e o jusnaturalismo. Bobbio (1997, p. 19) explica que Gustav Radbruch: “um dos mais conceituados filósofos do direito das primeiras décadas do século, que era relativista quando publicou a edição completa de sua filosofia do direito, em 1932, e, depois do nazismo, tornou-se um defensor convicto do direito natural”.

Alguns falam num “primeiro” (antes do nazismo) e num “segundo” Radbruch; outros falam numa “conversão” de Radbruch, após a guerra do positivismo para o jusnaturalismo. Biógrafos ou comentadores como Artur Kaufmann e Winfried Hassemer preferem apontar para uma certa linearidade e continuidade no pensamento de Radbruch, que procurava harmonizar o positivismo com a idéia de justiça, da qual, a seu ver, não era diferente da idéia de direito (CUNHA, in: Prefácio à edição brasileira. RADBRUCH, 1999, p. X-XI).

Do “primeiro” Radbruch temos as seguintes afirmações: “que como não se pode saber o que é justo, alguém precisa determinar o que deve ser Direito. Hoje todos reconhecem que não há Direito que não seja legal ou positivo”, a validade jurídica de uma norma independe de seu conteúdo”, a tarefa do jurista consiste apenas em indagar o que é Direito, e nunca o que é justo”. Entretanto, do “segundo” Radbruch, em sentido oposto ao anterior, temos as seguintes indagações: “Só podemos definir o Direito, e também o direito positivo, como uma ordem ou norma cujo sentido é servir a justiça” (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946); precisamos voltar a refletir sobre os direitos do homem, que estão acima de todas as

leis, sobre o Direito Natural, que recusa validade às leis contrárias à justiça” (Erneuerung des Rechts, 1946) (CUNHA, in: Prefácio à edição brasileira. RADBRUCH, 1999, p. X-XI).

Radbruch (2004, p. 271-272) explica que:

O Estado foi chamado a legislar somente com a condição de que ele mesmo se considere vinculado às suas leis. Com o preceito jusnaturalista de imposição legal do direito daquele que é detentor de poder em um certo momento, está, pois também indissolavelmente unido o outro preceito de direito natural que exige a sujeição desse detentor de poder às suas próprias leis. O detentor de poder deixa de estar justificado em sua imposição legal, assim que ele mesmo se esquive de suas leis. Ao tomar o poder estatal, assume-se, necessária e irrecusavelmente, a obrigação de realizar o Estado de direito. O Estado está, pois, vinculado ao seu direito positivo por um direito supra-positivo, natural, pelo mesmo princípio jusnaturalista com o qual do próprio direito positivo pode propriamente fundamentar-se.

Radbruch descontente com as violações aos direitos humanos praticadas pelos nazistas, em sua obra **Cinco minutos de filosofia do Direito** (1945), culpa o positivismo pela situação ditatorial implantada na Alemanha pelo regime nazista (*Gesetz und Recht*, 1947), e busca conciliar teoricamente a positividade e a justiça; em *Injustiça legal e Direito supralegal* (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946), depois de observar que o positivismo, com a sua afirmação de que “lei é lei” deixou os juristas alemães indefesos diante das leis arbitrárias e criminosas, conclui que:

em caso de um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, a preferência deve ser dada à regra do Direito positivo mesmo quando a lei é injusta, a menos que a violação da justiça alcance um grau tão intolerável que a regra torna-se na verdade ausência de Direito (CUNHA, in: Prefácio à edição brasileira. RADBRUCH, 1999, p. X-XI).

Radbruch (2005, p. 51-52) acrescenta que:

A seguridade jurídica que o Direito positivo garante, quando se trata de uma lei injusta, perde o valor (...) – se a injustiça nela contida alcança tais proporções que, por seu lado, perde toda importância a segurança jurídica garantida pelo Direito positivo. Assim, pois, se é verdade que, na maioria dos casos, a validade do Direito positivo pode justificar-se pelas exigências da segurança jurídica, não é menos certa que, em casos excepcionais, tratando-se de leis extraordinariamente injustas, cabe também a possibilidade de não se conhecer a validade de tais leis, por razão de injustiça.

Radbruch reflete sobre a impossibilidade de se delinear precisamente os casos em que a lei escrita deve dar lugar à justiça e aqueles onde uma lei precisa ser reconhecida como válida a despeito de seu conteúdo danoso e injusto. Contudo, salienta que há um método

distintivo que pode ser usado com absoluta transparência: se a igualdade, que é o escopo da justiça, é rejeitada veementemente ao editar-se uma regra de direito positivo, então a regra não é só injusta, como também não possui a verdadeira natureza de Direito; porque este não pode ser definido senão como uma instituição ou ordem das relações humanas cujo sentido e propósito é servir à justiça (CUNHA, in: Prefácio à edição brasileira. RADBRUCH, 1999, p. X-XI).

Por fim, Radbruch (2005, p. 180) entende que: “O caminho para chegar à solução destes problemas já implícito no nome que a Filosofia do Direito ostentava nas antigas Universidades e que, por muitos anos em desuso, volta a ressurgir hoje: no nome e no conceito de Direito natural”.

Entre os filósofos pertencentes à escola do direito natural revigorada após 1945 está o filósofo norte-americano John Rawls autor da obra **Uma Teoria de Justiça** (2000a) que salienta que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se são injustas. Rawls procura renovar a teoria contratualista, inspirando-se em autores como Locke, Rousseau e, principalmente, Kant.

A justiça como equidade retoma a doutrina do contrato social e adota uma variante da última resposta: os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas, isto é, entre cidadãos livres e iguais, nascidos numa sociedade em que passam sua vida. Mas esse acordo, como qualquer acordo válido, deve ser estabelecido em condições apropriadas. Em particular, essas condições devem situar equitativamente pessoas livres e iguais, não devendo permitir a algumas pessoas maiores vantagens de barganha do que outras. Além disso, coisas como ameaça do uso da força, a coerção, o engodo e a fraude devem ser excluídas” (RAWLS, 2000, p. 66).

Pelo princípio da igualdade, “todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido” (RAWLS, 2000, p. 47).

Já pelo princípio da diferença, “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade” (RAWLS, 2000, p. 47).

John Rawls ao estabelecer estes dois princípios, acaba possibilitando direitos que se aproximam, ou equivalem, a “direitos naturais”, uma vez que se sobrepõem às “estruturas básicas da sociedade”, incluindo a legislação positiva, pois estas “estruturas” devem se inspirar, se modelar nestes dois princípios destacados por Rawls.

Desde o período do pós-guerra, em meados do século XX, muitos estudiosos partidários da existência de direitos naturais próprios ao homem deixaram de defender sua fundamentação a partir de teses estritamente racionais ou baseadas em especulação filosófica como o “estado de natureza”, passando a buscar na história os fundamentos de legitimidade do jusnaturalismo. Desde então, até a nomenclatura sofre transformação, pois o que era direito natural passa a ser “direitos do homem” ou “direitos humanos”.

Por fim, Bobbio destaca-se entre os filósofos que consideram os direitos naturais (ou direitos do homem, como ele prefere) a partir de bases históricas. Segundo Bobbio (1992, p. 16): “durante séculos os jusnaturalistas que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis”.

4.7 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Internacionalização dos Direitos do Homem

Em virtude do processo de internacionalização dos direitos do homem, iniciado com a proclamação da Declaração Universal de 1948, houve uma crescente evolução na identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional, no que se refere à proteção dos direitos do homem, que passaram a transcender os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos homens a serem protegidos, afastando-se, de vez, o conceito de soberania estatal absoluta. O tema, então, passou a ser preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da comunidade internacional.

Em 1945, com o término da Segunda Guerra Mundial, se originou uma nova realidade mundial, pois o mundo se dividiu em dois blocos políticos Estados Unidos x União Soviética.

Nesse contexto histórico, em substituição a Liga das Nações, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU que em conformidade com sua Carta constitutiva é uma associação de Estados reunidos com os propósitos de “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e manter a paz e a segurança internacionais” (MAZZUOLI, 2006, p. 37).

Em 25 de Abril de 1945 celebrou-se a primeira conferência em São Francisco. À parte dos governos, foram convidadas organizações não governamentais. As 50 nações representadas na conferência assinaram a Carta das Nações Unidas a 26 de Junho, e a Polônia, que não esteve representada na conferência, acrescentou seu nome mais tarde, indo para um total de 51 os Estados integrantes da organização.

A ONU foi fundada em 24 de Outubro de 1945, depois de a Carta ter sido ratificada pelos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (República Popular da China,

França, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido e Estados Unidos da América) e pela grande maioria dos outros 46 membros. Lafer (1999, p. 153-154) explica que:

Foi necessária a catástrofe da Segunda Guerra Mundial para que os direitos humanos passassem a receber, no sistema internacional, no “direito novo” criado pela Carta da ONU, uma abordagem distinta daquela com a qual vinham sendo habitualmente tratados. Os desmandos dos totalitarismos que aterrorizaram vários países da Europa e que levaram ao megaconflito haviam consolidado a percepção Kantiana de que os regimes democráticos apoiados nos direitos humanos eram os mais propícios à manutenção da paz e da segurança internacionais. Daí a necessidade de apoiar em normas internacionais o ideal dos direitos humanos.

Bobbio filia-se a Kant, no sentido de a Declaração de 1948, representar um marco histórico de progressividade da humanidade, em que os direitos do homem passaram a ser direitos positivos universais.

Por sua vez, a ONU já tem problemas desde a sua fundação, pois a institucionalização da hegemonia das grandes potências na composição e funcionamento do Conselho de Segurança, contraria o princípio da igualdade de todos os membros, expresso no art. 2, alínea 1, da Carta; e, a interpretação absolutista do princípio de não-intervenção nos assuntos da jurisdição interna de cada Estado, conforme art. 2, alínea 7.

Assim, Lafer (1999, p. 174) entende:

As decisões das Nações Unidas refletem o que pensam os países mais poderosos, detentores do poder do veto no caso do Conselho de Segurança e, no caso da Assembleia Geral, o que pensa a maioria dos países-membros, sendo que só terão alguma chance de prosperar de imediato aquelas decisões que não encontrem objeção da maior parte dos países mais poderosos. Em síntese, na interação entre múltiplas soberanias, a anarquia dos significados é freqüentemente equacionada com base no que os mais fortes pensam.

Dessa maneira, têm-se muitos óbices no tocante ao respeito aos direitos do homem, no plano internacional e interno de muitos países. Os Estados conseguem evitar de serem condenados pela ONU quando violam os direitos do homem em seus territórios, utilizando-se do veto, próprio ou alheio, no Conselho de Segurança; bem como da norma de não-intervenção em assuntos considerados de sua jurisdição interna.

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e um dia antes, a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Ambas as declarações inauguram uma nova fase da história dos direitos do homem, que se encontra em pleno desenvolvimento. Embora, em 1948, apenas 48 Estados tinham aderido à Declaração Universal da ONU, nos dias de hoje atingem quase a totalidade das nações do mundo, isto é 184 países sobre os 191 países membros da comunidade internacional, exceto a Santa Sé, que tem qualidade de observadora, e países sem reconhecimento pleno (como Taiwan, que é território reclamado pela China, mas de reconhecimento soberano por outros países).

Bobbio (1992, p. 34) explica que: “A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro (...)”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem veio embasar os princípios gerais e fundamentais de direitos, com reconhecimento textual à dignidade humana. Consagra todos os seres humanos, independentemente de sua idade, gênero, raça ou etnia, como titulares de direitos (Monaco, 2004).

No preâmbulo da Declaração Universal encontra-se a afirmação da dignidade inerente a todo ser humano na sua universalidade. É uma síntese dos direitos econômicos, sociais e culturais, harmonizando os discursos liberal e social da cidadania, dentro da concepção contemporânea de direitos do homem, conforme entende Piovesan (2008, p. 21): “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam, necessariamente, entre si, e são indivisíveis e interdependentes”.

A internacionalização dos direitos do homem é um fato recente, tendo se iniciado, sobretudo, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. A Carta da ONU e a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 desenvolveram grandiosamente o processo de positivação e universalização dos direitos do homem. Desde o final do século XVIII os direitos do homem haviam sido consagrados, tão somente, no interior dos Estados nacionais por obra do constitucionalismo moderno.

Bobbio entende (1997, p. 71) que:

Com a queda dos Estados Totalitários, depois da segunda guerra mundial, novas Constituições foram elaboradas, estabelecendo limites ao poder legislativo, não só de fato, mas também de direito, promovendo amplas declarações de direitos individuais e sociais e introduzindo o instituto do controle da constitucionalidade das leis. Além disso, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Nações Unidas, deu-se o primeiro passo para a tutela jurisdicional internacional dos direitos do cidadão contra o Estado.

Nesse momento se passou de uma fase de mera formulação teórica e filosófica a outra em que somente se reconhecem os direitos positivos no âmbito do Estado; e desta fase se passou a de internacionalização, cujo marco se encontra na Declaração de 1948: “na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva”. Bobbio (1992, p. 30) explica que:

universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

A Declaração de 1948 é aceita como um marco importante, pois ao eleger o homem como novo sujeito de direito iniciou um processo pelo qual os indivíduos estão se transformando de cidadãos de um Estado em cidadãos do mundo e os direitos do homem se transformaram em positivos universais, já que nascem como direitos naturais universais, se desenvolvem como direitos positivos particulares, para logo assumirem-se como direitos positivos universais.

Bobbio (1992, p. 30) observa que:

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

A internacionalização se desenvolve, sobretudo, no que se refere ao reconhecimento e a proteção efetiva dos direitos do homem, transcendendo o âmbito jurídico interno dos Estados, vindo a incorporar-se, a priori, através de declarações e depois por meio de pactos e tratados, ao que se pode denominar de Direito Positivo Internacional dos Direitos do Homem.

Por fim, a internacionalização se funda sobre a positivação do direito interno dos Estados, que assumem o compromisso de fazerem prevalecer os pactos e tratados sobre direitos do homem incorporando-os a seus ordenamentos jurídicos internos.

4.8 Terceira Geração dos Direitos do Homem: Direito de Fraternidade ou de Solidariedade

Na fase de internacionalização dos direitos do homem encontra-se a terceira geração que surgiu na segunda metade do século passado; são direitos que têm como titular não o indivíduo, mas grupos humanos. Os direitos de solidariedade para Carvalho (2009, p. 33): “possuem dimensão coletiva e são exercidos conjuntamente por indivíduos agrupados em grandes comunidades, incluindo povos e nações, ocupando-se das questões planetárias ou globais como: a paz, o desenvolvimento, a comunicação, o patrimônio comum e a assistência humanitária”.

Na perspectiva dos “novos movimentos sociais”, os direitos econômicos, sociais e culturais supõem a intervenção do Estado na vida social e econômica da sociedade, pois se preocupam com o destino da humanidade, e se referem aos interesses difusos, como direito

ao meio ambiente e direito do consumidor, e, sobretudo, aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis: a criança, o idoso, o deficiente físico etc. Assim, os direitos dos povos são ao mesmo tempo “direitos individuais” e “direitos coletivos”, por representarem os interesses da humanidade.

No entendimento de Lafer (1998, p. 131)

os direitos humanos de terceira geração são aqueles direitos de titularidade coletiva. O titular destes direitos deixa de ser a pessoa singular, passando a sujeitos diferentes do indivíduo, ou seja, os grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

A terceira geração corresponde também à fraternidade, ou seja, o terceiro princípio da Revolução Francesa. Representa a evolução dos direitos do homem no sentido de proteger os direitos oriundos de uma sociedade modernamente organizada, que se encontra envolvida em diversos tipos de relações, sobretudo, diante da industrialização e da internacionalização dos mercados, outros direitos precisavam ser garantidos, além daqueles normalmente protegidos, uma vez que essas novas relações devem ser consideradas de maneira coletiva ou difusa.

Os direitos de terceira geração também denominados de direitos dos povos, direitos de solidariedade ou direitos de fraternidade, surgem conforme entende Guerra (2008, p. 166):

como resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração na mais da classe trabalhadora dos países industrializados, mas das nações em desenvolvimento e por aquelas já desenvolvidas, bem como pelos quadros de injustiça e opressão no próprio ambiente interno dessas e de outras nações revelados mais agudamente pelas revoluções de descolonização ocorridas após a Segunda Guerra Mundial.

Desse modo, a terceira geração contribuiu para o aparecimento de uma consciência de grupo e conseqüentemente o redimensionamento da liberdade de associação e de outros direitos coletivos ou difusos.

Durante o século XX, após grandes conflitos mundiais, novas reivindicações sociais passaram a fazer parte do cenário internacional e das sociedades contemporâneas. As condições para a ampliação do conteúdo dos direitos do homem se apresentavam através de novas contradições e confrontos que exigiam respostas visando a garantia e proteção da vida e das liberdades.

Com efeito, a terceira geração de direitos humanos compõe-se pelos ditos direitos de titularidade coletiva, ou direitos de solidariedade: meio-ambiente, consumidor, direito à paz e ao desenvolvimento; e não teve a sua origem a nenhuma revolução, mas à ação dos países do terceiro mundo que, durante a Guerra Fria, na bipolaridade Leste/Oeste, conseguiram, por meio de ação diplomática, inserir esses novos direitos na agenda internacional (BITTAR e ALMEIDA, 2001, p.526-527).

Em 1950, foi aprovada a Convenção Européia dos Direitos Humanos que representou um grande avanço na consolidação do Direito Internacional dos Direitos do Homem ao considerar o homem como sujeito de direito internacional, estabelecendo a possibilidade de qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, individual ou coletivamente, ajuizar petições junto à Comissão Européia de Direitos Humanos, denunciando violações dos direitos e liberdades enunciados na Convenção.

4.8.1 Direito ao Meio Ambiente Equilibrado e o Protocolo de Quioto

Para Bobbio (1992, p. 6), o direito ambiental é o mais importante dos direitos do homem de terceira geração: “O mais importante deles é reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. O direito ambiental expressa a solidariedade presente e futura, devido a necessidade de hoje se evitar a deterioração do meio-ambiente para as gerações futuras.

O art. III da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) estabelece que: “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. O termo “à

vida” inclui o meio-ambiente harmônico, uma vez que este é um requisito de fundamental importância à existência da vida na Terra. A explosão demográfica e a exploração imoderada dos recursos naturais colocam em risco existência digna da humanidade, pois o bem estar social corresponde a um bem estar ambientalmente equilibrado. Para Bobbio (2000b, p. 676) a qualidade de vida está ligada direta ou indiretamente à preservação do meio-ambiente:

o direito a viver em um ambiente não-poluído, proclamado e defendido por movimentos surgidos propositadamente com esse objetivo e que cresceram tanto a ponto de gerar verdadeiros partidos políticos, nasceu, e não podia deixar de nascer, da contaminação da atmosfera, e portanto do perigo à saúde pública, proveniente de uma cada vez mais extensa e incontrolada transformação da natureza, que o desenvolvimento das técnicas de exploração do solo e do subsolo tornou possível.

A Declaração de Estocolmo trouxe as bases teóricas acerca da conexão entre a proteção ambiental e os direitos do homem, ao observar em seu primeiro princípio que o homem tem direito à liberdade, à igualdade e a gozar de condições de vida dignas que somente podem ser obtidas em um ambiente saudável.

No tocante a violação dos direitos do homem relativos ao meio-ambiente Carvalho (2009, p. 54) entende que: “A crise ambiental fez com que o princípio da solidariedade fosse elevado a autêntico princípio jurídico formalizado em vários instrumentos internacionais e positivado em várias Constituições nacionais”.

O Protocolo de Quioto é um documento internacional com compromissos para a redução da emissão dos gases que provocam o efeito estufa. Discutido e negociado em Quioto no Japão em 1997, foi aberto para assinaturas em 11 de Dezembro de 1997 e ratificado em 15 de março de 1999. Sendo que para este entrar em vigor precisou que 55% dos países, que juntos, produzem 55% das emissões de dióxido de carbono, o ratificassem, assim entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, e conta atualmente com 161 ratificações, equivalentes a 61,6% das emissões de dióxido de carbono no ano de 1990.

Este documento propõe um calendário pelo qual os países-membros (principalmente os desenvolvidos) têm a obrigação de reduzir a emissão de gases do efeito estufa em, pelo menos, 5,2% em relação aos níveis de 1990 no período entre 2008 e 2012, também chamado de primeiro período de compromisso.

As metas de redução não são homogêneas a todos os países, colocando níveis diferenciados para os 38 países que mais emitem gases. Para os Estados considerados em desenvolvimento como Brasil, México, Argentina e Índia, além de não precisarem reduzir a emissão de poluentes na atmosfera, podem, ainda, negociar como os Estados desenvolvidos a venda de seus “excedentes de ar puro”, denominados de crédito de carbono. O protocolo estimula os países signatários a cooperarem entre si, através de algumas ações básicas, tais como: reformar os setores de energia e transportes; promover o uso de fontes energéticas renováveis; proteger florestas e outros sumidouros de carbono (MAZZUOLLI, 2006, p. 891-908).

Os Estados Unidos da América negaram-se a ratificar o Protocolo de Quioto, pois isso seria “um freio em sua economia interna, causado pela redução na emissão dos poluentes derivados da diminuição da atividade industrial, ou pelo emprego de quantias vultosas nas descobertas de fontes alternativas de energia consideradas não poluentes” (PEREIRA, 2006, p. 234). A não adesão dos Estados Unidos ao Protocolo de Quioto reduz a sua eficácia, uma vez que emite 1,56 bilhão de toneladas cúbicas anuais de dióxido de carbono (CO₂). Embora o governo dos Estados Unidos não tenha aderido ao Protocolo de Quioto, conforme destaca Al Gore (2006, p. 288): “muitas cidades dos EUA já ‘ratificaram’ por conta própria o Protocolo de Kyoto, e estão implementando políticas para reduzir a poluição causadora de aquecimento global, baixando-a para níveis inferiores aos exigidos pelo Protocolo”.

Há apenas duas nações desenvolvidas que não ratificaram o Protocolo de Quioto, Estados Unidos e Austrália (GORE, 2006, p. 288).

4.8.2 Meio-Ambiente e a Questão Nuclear

Entre as diversas formas de poluição a mais perigosa é a radioativa, pois a radioatividade é um tipo de poluição imperceptível para os sentidos. Contudo seus efeitos patológicos são os piores uma vez que incidem diretamente no ‘código genético’ do ser humano, causando além do câncer e da leucemia, mutações genéticas que podem gerar crianças deformadas por inúmeras gerações.

Bobbio (1997, p. 29-30) ao refletir sobre a necessidade de uma consciência moral às novas grandes descobertas observa que:

Embora eu seja um admirador incondicional das grandes descobertas no campo da ciência, admiro com mais devota reverência a nobreza de uma consciência moral. Na história da humanidade vejo resplandecer de luz mais pura o ato de solidariedade com os oprimidos – tanto mais se é realizado por um homem que também é um gênio científico – do que a descoberta de uma verdade, ou ao menos me parece que está última adquira tanto mais valor quanto mais estiver a serviço daquele. De fato, não sei com segurança que benefício possa a humanidade obter com a descoberta da bomba de hidrogênio.
(...) De forma mais drástica: não estou seguro de que a bomba de hidrogênio seja capaz de salvar o mundo; poderia destruí-lo. Estou seguro de que a consciência moral não só não o destrói como, se vier a ser destruído, o salvará.

Em junho de 1946, o financista e consultor da presidência Bernard Baruch representando o governo dos Estados Unidos se dirigiu à Comissão de Energia Atômica das Nações Unidas: “Estamos aqui, começou Baruch, ‘para escolher entre a vida e a morte’ (...) temos que optar entre a Paz e a Destruição Mundial” (RHODES, 2008, p. 7-8).

Muitos americanos sabiam que o único meio de controle internacional seria uma perigosa corrida de armas nucleares que terminaria numa guerra nuclear e na destruição da humanidade. A corrida armamentista custou aos Estados Unidos, até 1995,

cinco trilhões de dólares e faliu União Soviética. Ao longo da Guerra Fria, por mais de uma vez, quase se chegou a uma guerra nuclear (RHODES, 2008, p. 7-8).

Dessa maneira, além do caso de uma guerra nuclear ou acidentes em usinas nucleares, temos três outros meios de poluição radioativa: “as explosões atômicas experimentais, a contaminação radioativa do ambiente (especialmente do mar) em volta das usinas e das minas de extração de urânio, o lixo atômico, material altamente radioativo gerado como subproduto do funcionamento das usinas” (LAGO e PÁDUA, 2007, p. 84).

Em 1984, a humanidade reviveu os efeitos da contaminação por radioatividade. Na Usina de Chernobyl, Ucrânia, houve superaquecimento de um dos quatro reatores e o resultado foi a explosão de um reator, com o conseqüente lançamento de gases radioativos na atmosfera e a exposição do núcleo radioativo deste reator, com efeitos fatais para a população nas proximidades da usina. O aumento dos níveis de radiação transmitida pela poeira radioativa na atmosfera foram sentidos em toda a Europa, sobretudo, na Europa central e nos países nórdicos, que tiveram suas produções agropecuárias contaminadas. O Japão e a Austrália tiveram alteração nos níveis de radiação, levada pelas correntes atmosféricas. Muitas crianças sequer concebidas sofrerão ou morrerão pelos efeitos da radiação (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2008, p. 641-642).

Em relação ao lixo atômico, alguns de seus componentes têm duração de milhares de anos e nenhum invólucro é tão durável. Não há como armazená-lo com segurança. Até 1980, somente os Estados Unidos tinham cerca de 285000 toneladas em depósito (LAGO e PÁDUA, 2006, p. 84).

4.8.3 Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares

Para Bobbio (2003, p. 58-62) a possibilidade de uma guerra atômica alterou as formas de se refletir sobre a relação entre a paz e a guerra, uma vez que as armas nucleares colocam em risco a existência da espécie humana no planeta.

Em 1961, na Assembléia Geral de ONU, começou-se a debater sobre um tratado que proibisse as Nações não detentoras de armas nucleares a não fabricá-las. Entretanto, os Estados Unidos, a União Soviética, a França e a Inglaterra já tinham a bomba atômica. A China fez sua bomba atômica em 1964.

Buscava-se criar um instrumento jurídico internacional que evitasse o risco de proliferação da bomba, e a vigilância deveria ser implacável com mecanismos rígidos de controle do uso pacífico da energia nuclear.

Os Estados Unidos e a União Soviética conduziram as negociações deste Tratado, o qual foi assinado em 1968, e entrou em vigor em 1970. Atualmente, conta com 190 Estados-partes, praticamente o total dos países integrantes da ONU. Apenas quatro países não fazem parte do Tratado: Índia, Paquistão, Israel e Coréia do Norte.

O Preâmbulo do Tratado reconhece que as armas nucleares são uma ameaça para a sobrevivência da humanidade; entende que sua proliferação aumentaria esse perigo; evidencia a salvaguarda da Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA, bem como a necessidade de por fim aos testes de explosão nuclear e de se iniciar um amplo processo de desarmamento. Esta Agência foi criada em 1957 diante do medo do uso incorreto ou inadequado da energia nuclear, tendo sua destinação para fins pacíficos (PEREIRA, 2006, p, 134).

Embora o art. VIII do Tratado prever o reexame periódico de seu conteúdo, muito pouco se evoluiu. Em muitas conferências quinquenais, não se chegou a um consenso, como

ocorreu na última em 2005. Merece destaque a Conferência de Exame de 1995, quando o Tratado foi prorrogado de modo indefinido. A prorrogação só foi possível pela negociação do Tratado Abrangente de Banimento de Testes Nucleares, aberto a assinaturas em 1996. Este tratado não foi assinado pela Índia, Paquistão e Coréia do Norte, tampouco ratificado pelos Estados Unidos, China, Israel, Irã, Indonésia, Egito e Colômbia.

Em 1968 foi celebrado o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares com o escopo de limitar o arsenal nuclear das cinco potências da época: Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido, França e China, nos níveis em que se encontravam no momento da assinatura. Entretanto, a atuação da AIEA nas últimas décadas sofreu alterações em virtude do terrorismo e da utilização da energia nuclear para destruir alvos civis (PEREIRA, 2006, p. 135).

Rhodes (2008, p. 13) explica que:

O Tratado de Não-Proliferação Nuclear (TNP), entre outros, colocou limites à proliferação atômica. O governo de George W. Bush não favoreceu os tratados. O Tratado de Mísseis Anti-Balísticos foi abandonado, e o TNP deixado de lado, mas este último, pelo menos, pode ser revivido. As superpotências reduziram significativamente seus arsenais e já não se ameaçam uma às outras de forma direta.

Por fim, Bobbio (2003, p. 67) alerta que para a formação de uma consciência atômica: “é necessário então considerar que a eliminação da guerra deve andar *pari passu* com a abolição daquelas situações que podem ser consideradas males piores da pior guerra” (2003, p. 67).

4.8.4 Patrimônio Comum da Humanidade

O direito à utilização do patrimônio comum da humanidade se relaciona com o direito ao meio ambiente tendo como objetivo a constituição de uma nova base de convivência internacional solidária entre todos os povos do mundo.

A noção de patrimônio comum da humanidade ganhou destaque no final dos anos 60 do século passado. O princípio do patrimônio comum para Carvalho (2009, p. 86):

fundamenta-se no valor “solidariedade”, configurando-se princípio de Direito Internacional e norma ética relevante do direito intergeracional. Nota-se que o conceito reflete a necessidade de se estabelecer e manter a segurança ecológica e econômica da humanidade, construída com base na cooperação entre todas as nações, simbolizando o prenúncio de uma nova era no Direito Internacional, especialmente na esfera ambiental.

O patrimônio comum da humanidade se refere à propriedade sobre os recursos naturais, onde todos os Estados no sentido de direito soberanos devem ter direito à utilização comum e solidária dos recursos naturais, bem como das áreas excluídas da soberania dos Estados (como o alto-mar, espaço extra-atmosférico e a Antártida).

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) estabelece em seu Preâmbulo o desejo: “de solucionar, num espírito de compreensão e cooperação mútuas, todas as questões relativas ao direito do mar e conscientes do significado histórico desta Convenção como importante contribuição para a manutenção da paz, da justiça e do progresso de todos os povos do mundo (...)” (MAZZUOLI, 2006, p. 315). A positivação e o desenvolvimento do direito do mar, para Carvalho (2009, p. 93) servem para exemplificar que: “o entendimento, a solidariedade e o multilateralismo podem contribuir para o fortalecimento da paz, da segurança ecológica e econômica, da cooperação e das relações de amizade entre as nações”.

O Tratado sobre Princípios Regulares de Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico (1967), mediante as perspectivas que a descoberto do espaço representa, em seu preâmbulo, determina que a exploração do espaço deve ser feita somente para fins pacíficos. O art. 1º determina que: “a exploração e uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais espaços celestes, só deverão ter em mira o bem e o interesse de todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento

econômico e científico, e são de incumbência de toda a humanidade” (CARVALHO, 2009, p. 71).

O Tratado da Antártida (1959) trata da cooperação científica na região e assegura sua utilização somente para fins pacíficos, conforme determina seu art. 1.1: “A Antártida será utilizada somente para fins pacíficos. Serão proibidas *inter alia*, quaisquer medidas de natureza militar, tais como o estabelecimento de bases e fortificações, a realização de manobras militares, assim como quaisquer tipos de armas” (MAZZUOLI, 2006, p. 503).

Assim, esse novo contexto colocou em evidência uma série de novos anseios e interesses reivindicados por novos movimentos sociais. Esses direitos devem ser garantidos por meio de uma ação conjunta entre o Estado e os indivíduos, dos diferentes setores da sociedade e das diferentes nações.

4.9 Quarta Geração de Direitos do Homem

Na terceira fase dos direitos do homem, também encontra-se a quarta geração que se refere ao biodireito e à bioética, abordando reflexões acerca da vida e da morte, pressupondo sempre um debate ético prévio. Lavié (1995, p. 33) entende que:

O direito à vida, ainda que não seja de forma implícita, é o primeiro direito da pessoa a ser reconhecido pelo texto constitucional. A substância desse direito se materializa em exigir que o Estado forneça uma prestação de saúde suficiente dirigida a assegurar a conservação da vida humana ou a impedir que a morte em uma instância permitida ou autorizada, quando se estiver em situação de evitá-la.

No século XXI, a vida representa um valor fundamental para os direitos do homem, uma vez que qualquer violação dos direitos existentes pelo mero fato de o ser humano nascer com vida, representa um atentado contra a própria sociedade internacional.

Bobbio (2000b, p. 500) entende que no estado atual da ciência ética da humanidade, deve se reconhecer não apenas o direito de viver que é um direito primordial do homem, mas também o direito de ter o mínimo indispensável para viver:

O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do Estado um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política econômica inspiradas em algum princípio de justiça distributiva. Em poucas palavras, hoje se reconhece ao indivíduo não apenas o direito de não ser morto por qualquer razão (daí, por exemplo, a condenação da pena de morte), mas também da política de não morrer de fome.

O termo biodireito tem raiz etimológica grega (*bios*, vida) e latina (*directus*, participio passado de *dirigere*, por em linha reta, dispor, ordenar, regular). Denominação dada à disciplina jurídica multidisciplinar que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas que regulamentam a conduta humana diante dos progressos da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina (BARRETO, 2006, p. 101).

O vocábulo bioética tem raiz etimológica grega *bios* (vida) e *êthike* (ética). É um ramo da Filosofia Moral que examina os aspectos morais e sociais das técnicas oriundas do progresso do conhecimento nas ciências biológicas (BARRETO, 2006, p. 104).

No que se refere às relações entre a moral e a ética, Tugendhat citado por Fabríz (2003, p. 79) explica que:

A moral explica e é explicada pelos costumes. A moral pretende enunciar as regras, normas e leis que regem, causam e determinam os costumes. A moral pretende enunciar as regras, normas e leis que regem, causam e determinam os costumes, inclusive, muitas vezes, enunciando-lhes as conseqüências.

Por sua vez, Fabríz (2003, p. 79) acrescenta que:

A Ética não está acima da moral, mas pode ser concebida em um determinado plano como a esfera que se propõe refletir sobre as posturas que devam ser compreendidas entre as dimensões da moral e da imoralidade. Nessa perspectiva nós vamos conceber a Ética – estudo geral do que é bem ou mal (...).

Embora a bioética não seja restrita ao campo da medicina, foi nele que a priori se observou tal reflexão. No juramento de Hipócrates já se notava as premissas diante das quais os médicos deveriam seguir suas condutas profissionais (FABRIZ, 2003, p. 81).

Assim, por meio da quarta geração se determinam os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais. Constantinov (2008, p. 29) entende que:

A partir do conceito de Bioética, chega-se ao conceito de Biodireito que é justamente, a positivação ou tentativa de positivação das normas bioéticas, o que leva à conclusão de que o Biodireito é, portanto, a normatização de permissões de comportamentos médico-científicos e a imputação de sanções pela violação dos comandos normativos prescritos.

O uso de seres humanos para experiências médicas é antigo. Em 1559, o rei da França Henrique II se acidentou quando participava de um torneio, pois uma lança atravessou sua viseira e um de seus olhos. Seus médicos para tentar curá-lo degolaram quatro criminosos saudáveis a fim de pesquisar a anatomia do olho. A experiência fracassou e o rei morreu (ASTOR, 2008, p. 121-122).

Os avanços científicos na área da medicina ocorridos na Segunda Guerra Mundial, tais como a descoberta de vacinas e de novos métodos cirúrgicos e de tratamento, foram produto de abusos cometidos por pesquisadores nazistas, com total desrespeito ao Princípio da Dignidade Humana. Estéfani (1998, p. 24) observa que:

Parece claro que o científico deve limitar sua liberdade de investigação e manipulação ante qualquer ação que possa lesionar sua própria dignidade ou a dignidade de outro, porém deve também dar razões de qualquer ato que implique degradação ou destruição do mundo natural. Agora bem, não é tarefa fácil limitar esta atividade. Em todo caso deve partir-se sempre da diferente consideração que merece a vida humana e qualquer outro tipo de vida. Ambas são merecedoras de respeito, porém o grau do mesmo deve ser diferente em atenção ao caráter pessoal do ser humano. Por isso muitos autores insistem em que há que delimitar o que se pode realizar com outras espécies e “o que eticamente é aceitável no ser humano”.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial descobriu-se que entre os crimes de guerra, ocorreram terríveis experiências no regime nazista. O termo cobaias foi utilizado para exprimir a vulnerabilidade das pessoas que eram utilizadas nestas pesquisas. Elio Sgreccia citado por Diniz (2008, p. 82) observa que:

Alguns colocam o nascimento da bioética, mesmo não tendo ainda tal denominação, nos dias seguintes ao processo de Nuremberg em 1946. Depois de tal processo de Nuremberg, do qual apareceram numerosos crimes cometidos pelos médicos nazistas sobre prisioneiros, utilizados como cobaias humanas em terrificantes experimentações, surgiram duas linhas de reflexão: uma de natureza jurídica em campo internacional, que tinha como escopo a formulação dos ‘direitos do homem’ (e sobretudo aqueles com tema de defesa da vida física, pois os piores crimes foram cometidos contra a vida física dos prisioneiros e da população em geral); a outra

de natureza filosófica, que se delineava sempre mais na fundamentação ética e racional de tais direitos.

As cobaias humanas de Joseph Mengele, o maior responsável pelo projeto médico e científico nazista, eram os judeus, ciganos, pessoas portadoras de deficiência e outras minorias raciais. Foram realizadas pesquisas para atender às necessidades do campo de batalha, experimentos relacionados a doenças infecto-contagiosas, estudos de novos medicamentos e operações e dissecação de pessoas sem anestesia. Silva (2003, p. 165) explica que:

Em passado recente, a tomada de consciência da sociedade sobre a necessidade de reatualização da ética na vida humana delineia-se ao término da primeira metade do século XX, quando a opinião pública mundial teve conhecimento das intervenções desumanas de médicos e de pesquisadores alemães durante o regime nazista.

Durante a Segunda Guerra Mundial quando os japoneses invadiram a China e a Coreia, realizaram um tipo eficiente de guerra química e biológica mediante experiências com armas químicas e biológicas, causando a morte de milhares de pessoas sendo o alvo principal a população civil e as plantações de maneira a gerar fome e epidemia.

Entretanto, mesmo após o término da Segunda Guerra os experimentos tortuosos com seres humanos continuam nos Estados Unidos fato este denominado de “revolução terapêutica”. Silva (2003, p. 154-155) explica que:

Não é nenhum absurdo afirmar que muitos desses escândalos norte-americanos deixam pouco a desejar aos desmandos nazistas, de maneira que a bioética surge como uma reação contra a insensibilidade tecnocientífica. Em 1963, por exemplo, no Hospital Israelita de Doenças Crônicas (Jewish Chronic Disease Hospital), do Brooklin, foram realizadas experiências com pacientes idosos, mediante a injeção de células tumorais vivas em seus organismos, sem que houvesse o correspondente consentimento. Outro exemplo: no período compreendido entre 1950 e 1970, o Hospital Estatal Willowbrook (Willowbrook State Hospital), de Nova York, conduziu uma série de estudos sobre hepatite, inoculando o seu vírus vivo em crianças com retardo mental, que se encontravam ali internadas.

Em pesquisas de laboratórios os animais são os mais sacrificados. Existem normas sobre o assunto mas ainda sem força de lei. A Declaração Universal dos Direitos do Animais, proclamada na Bélgica em 1978, determina em seu art. 8º: “A experimentação animal que

implica um sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra. As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas” (VIEIRA, 2003, p. 127).

Assim, os direitos de quarta geração, relativos à bioética, visam impedir a destruição da vida e regular a criação de novas formas de vida em laboratório pela engenharia genética.

Diniz (2008, p. 65) observa que:

Sob pena de alteração e deterioração do genoma humano, deve haver limitação às pesquisas e uso de dados com vistas à preservação do patrimônio genético da espécie humana. O Direito não protege, nesse ínterim, o indivíduo, mas sim, o membro de uma espécie de seres vivos.

Diante das violações aos direitos referentes à vida e à morte e à sua divulgação, ocorreu a elaboração de diretrizes internacionais para a pesquisa científica com pessoas com a finalidade de se garantir que os princípios de direitos do homem, sobretudo, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, como o ponto inicial de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas. Assim, a proposição de documentos referentes à ética na pesquisa foi um dos principais fatores para a consolidação da cultura dos direitos do homem de quarta geração.

Nesse contexto, em 1947, se elaborou o Código de Nuremberg que representa a entrada definitiva de princípios da cultura dos direitos do homem na pesquisa científica. O artigo primeiro trata da necessidade do consentimento individual para a participação em estudos científicos como uma forma ética de se pesquisar com seres humanos.

A Declaração de Helsinque foi uma tentativa da Associação Médica Mundial de reaproximar ética, medicina e opinião pública após as terríveis experiências realizadas pelos médicos nazistas. Este documento é um desdobramento de alguns preceitos éticos do Código de Nuremberg em conjunto com objetivos de intervenção na prática de pesquisa biomédica: “a missão do médico é salvaguardar a saúde das pessoas. O conhecimento e a consciência são dedicados a atingir essa missão” (art. 1º).

Outro documento que merece destaque é o relatório de Belmont, publicado em 1978, pela Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos em Pesquisas Biomédicas e Comportamentais dos Estados Unidos. Conforme entende Diniz (2008, p. 82): “Esse documento se tornou a principal declaração principialista da reflexão bioética”, pois evidenciou que a ética em pesquisa não era matéria exclusiva de crimes de guerra provocando um debate internacional.

O Relatório observa que se têm três princípios referentes à pesquisa envolvendo seres humanos:

O princípio da autonomia deve ser entendido como respeito pela pessoa e, ao mesmo tempo, como a capacidade da pessoa participar das pesquisas médicas.
O princípio da autonomia deve ser entendido como respeito pela pessoa e, ao mesmo tempo, como a capacidade da pessoa participar das pesquisas médicas.
(...) O princípio da justiça significa imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios (DINIZ, 2008, p. 83).

Com o avanço das pesquisas científicas é difícil seu retrocesso, uma vez que os novos conhecimentos são incorporados à ciência, por conseguinte, o direito ganha mais importância na definição das liberdades de ação. Desse modo, Vieira (2003, p. 155) entende que: “Não se pode simplesmente coibir a ciência de dar prosseguimento às suas pesquisas, nem tampouco determinar preliminarmente, com absoluta certeza de acerto, os limites que ela deve observar”.

Devido ao grande desenvolvimento da biotecnologia o direito foi surpreendido por questões até então desconhecidas, tais como: quais são os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano? Como o direito regula a utilização das novas tecnologias genéticas respeitando os valores bioéticos?

Diante dos avanços da revolução tecnológica e da nova ordem mundial, a quarta geração dos direitos do homem vem suscitando controvérsias em relação aos direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética que muitas vezes se classificam como

“Direitos Difusos”, uma vez que colocam em evidência os direitos concernentes à evolução biogenética e tecnológica. Nesse sentido, Bobbio (1997b, p. 29) reflete que:

Embora eu seja um admirador incondicional das grandes descobertas do campo da ciência, admiro com mais devota reverência a nobreza de uma consciência moral. Na história da humanidade vejo resplandecer de luz mais pura o ato de solidariedade com os oprimidos – tanto mais se é realizado por um homem que também é um gênio científico – do que a descoberta de uma verdade, ou ao menos me parece que esta última adquira tanto mais valor quanto mais estiver a serviço daquele.

Os avanços tecnológicos na área da bioética e da bioengenharia podem gerar problemas éticos importantes, visto que os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, tratam de questões sobre a vida e a morte.

Com isso, os direitos do homem objetivam a proteção não só o homem enquanto indivíduo, mas principalmente como membro da espécie humana tendo em vista o direito das gerações futuras encontrarem um mundo melhor que o atual. Lavié (1995, p. 33) entende que:

deve também entender-se que ao imperativo ético de não permitir a utilização do homem como um simples meio para outros fins. Se deve evitar que o homem venha a tornar-se em suficiente receptor de múltiplas manipulações, somente baseado em conjunturas, a doxa ou a improvisação, isto é, se deve impedir que o sujeito se coisifique como objeto de uma mera investigação que o converta em simples “porquinho da índia”.

A quarta geração busca o redimensionamento de conceitos e limites biotecnológicos, rompendo paradigmas a cada nova pesquisa científica e, por refletir sobre temas essenciais à sobrevivência humana que envolve liberdades, direitos e deveres da pessoa, da sociedade e do Estado, a bioética transformou-se numa recente fonte de direitos do homem no sentido de que, conforme explica Garcia (2004, p. 148-149) a Declaração do Genoma Humano:

deu origem a uma noção e um conceito inteiramente novos, em termos de direito internacional, na medida em que a Humanidade, presente e futura, passa a ser sujeito de direitos. Com esta Declaração, à figura jurídica da pessoa humana como sujeito de direitos, acrescenta-se uma nova figura: o genoma humano como objeto e sujeito de direitos.

Dentre os direitos típicos da quarta geração, encontra-se o do homem não ter seu patrimônio genético alterado, Constantinov (2008, p. 67) explica que:

Considera-se patrimônio genético toda informação genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos desses organismos, vivos ou mortos, encontrados em seu ambiente natural, inclusive domesticados ou mantidos em coleções fora de seu ambiente natural, desde que coletados naquelas condições, existentes no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

Para os direitos de quarta geração a vida humana é o bem merecedor da tutela do direito, sendo o Estado o principal responsável na garantia desses direitos e no âmbito internacional o principal diploma regulador dos direitos do homem de quarta geração é a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, aprovada em 11 de novembro de 1997 e assinada por muitos países, onde cada um dos países signatários se comprometeu a divulgá-lo e a buscar soluções objetivando a conciliação entre o avanço da tecnologia e o respeito aos direitos do homem, estabelecendo limites éticos em relação à intervenção acerca do patrimônio genético do ser humano. Diniz (2008, p. 72) observa que: “Tal diploma proclamou o genoma humano e a informação nele contida como patrimônio comum da humanidade.

Numa sociedade democrática a bioética tende a encontrar melhores condições para prosperar, pois num ambiente ditatorial os valores e princípios bioéticos serão prejudicados, diante da prevalência da vontade do Estado totalitário, e não de indivíduos livres e autônomos. Diante desse problema Bobbio (1997b, p. 28) explica que:

do conflito entre o indivíduo que faz valer os direitos da própria consciência e o Estado que faz valer as exigências da própria conservação é, em última análise, um problema exclusivamente moral. Não existe regime tão absoluto que possa impedir a rebeldia de uma consciência honesta; nem existe regime tão democrático que possa evitar o conformismo dos ânimos servis. O caso do cientista que se recusa a desenvolver uma pesquisa científica a ele imposta por razões de Estado é um caso típico de objeção de consciência.

Assim, o nascimento de uma nova categoria de direitos do homem na área da biologia e da genética traz a necessidade da análise da historicidade dos direitos do homem, conforme observa Bobbio (1997, p. 160) na obra **O Tempo da Memória**:

Outro tema sobre o qual me debrucei é o da historicidade dos direitos do homem, que não foram concebidos de uma vez por todas, todos de uma vez. Depois da afirmação dos direitos de liberdade, dos direitos políticos e dos direitos sociais, hoje avançamos sobre uma “nova geração” de direitos, que se afirmam diante das ameaças à vida, à liberdade e à segurança, que provêm do crescimento cada vez mais rápido, irreversível e incontrolável do progresso técnico. Refiro-me em particular ao direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai muito além do tradicional direito à integridade física.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (VIEIRA, 2003, p. 159-165) divide-se em temas de fundamental importância: a dignidade humana constitui o fundamento ético de todas as normas estabelecidas, bem como do exercício dos direitos dela decorrentes (arts. 1º - 4º).

Na declaração encontramos o genoma como patrimônio da humanidade:

O genoma humano sustenta a unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como o reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade”, garantindo sua incolumidade por nele encontrar-se a essência da própria espécie humana: “Em um sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade” (art. 1º da Declaração).

A declaração expressa a preocupação com algumas teorias que em suma procuram, reduzir as virtudes e potencialidades humanas, assim como seus vícios e defeitos, a um preciso e inexorável determinismo genético.

Assim, a Declaração do Genoma Humano salienta que “Cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, quaisquer que sejam suas características genéticas”, acrescentando que “Essa dignidade impõe não se reduzir os indivíduos às suas características genéticas e respeitar o caráter único de cada um e de suas individualidades” (art. 2º da Declaração).

A Declaração estabelece os direitos das pessoas envolvidas como referencial obrigatório para as pesquisas e suas aplicações tecnológicas (arts. 5º - 8º). O ser humano em função dessa dignidade natural, compartilhada por todos os seres humanos, independentemente de suas características genéticas, tem o direito de ser respeitado em sua singularidade e diversidade (art.2º, "a"). Outra consequência da identificação e materialização da dignidade humana, no respeito ao genoma, encontra-se na proibição de utilizá-lo para ganhos financeiros (art. 4º).

Em relação à regulamentação da pesquisa científica a declaração determina que a pesquisa e aplicações tecnológicas não poderão desrespeitar os direitos do homem, as liberdades fundamentais, a dignidade humana dos indivíduos e de grupos de pessoas.

Contudo, a declaração não se restringe à determinação dos limites legais que visam proteger diretamente a pessoa humana nas pesquisas relacionadas com o genoma humano, estabelecendo condições para o exercício da atividade científica ao prever responsabilidades, dos cientistas e pesquisadores e dos Estados envolvidos nesse tipo de pesquisas (arts.10º - 16º).

No tocante a clonagem de seres humanos, a Carta de Direitos determina: “Práticas que são contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem com fins de reprodução de seres humanos, não devem ser permitidas”, convidando aos países e organizações internacionais à mútua cooperação com a finalidade de identificar práticas de clonagem humana, tomando medidas que forem necessárias para sua proibição (art. 11 da Declaração). No que se refere a clonagem de seres humanos previsto neste artigo Diniz (2008, p. 74) a considera como:

atentória à dignidade do homem, de modo que ela não deve ser permitida. No entanto, a clonagem de embriões humanos para fins terapêuticos poderia ser permitida desde que não se considere que a vida humana comece no momento da concepção, mas sim, a partir da formação do cérebro e do sistema nervoso, o que só ocorre várias semanas após a concepção.

Na verdade, o que se tem é que há uma opção pelo momento do nascimento e da morte, segundo as necessidades do caso. Cite-se, como exemplo, o caso de transplante, em que se considera morta a pessoa no momento de sua morte cerebral.

Dessa maneira, os problemas relativos à quarta geração de direitos do homem, não se limitam à questão da vida e suas condições, mas abrangem também os relativos ao fim da vida, como por exemplo, a morte assistida e à eutanásia, que tornam-se matéria a ser julgada pelos tribunais e debatida pela sociedade civil, sendo necessário a utilização de critérios éticos para a busca de soluções.

Como as grandes declarações do século passado, a declaração visa à defesa das liberdades individuais ao reconhecer que o Projeto Genoma Humano e as pesquisas genéticas são manifestações da liberdade de pesquisa, fundamentais para o progresso do conhecimento, a qual, se fundamenta no princípio da liberdade de pensamento, que deve ter como finalidade a diminuição do sofrimento e a melhoria da saúde do indivíduo e da humanidade (art. 12 da Declaração).

Os deveres de solidariedade e cooperação internacional, no contexto da internacionalização crescente do conhecimento científico, são determinadas na Declaração, através da avaliação dos riscos e benefícios das pesquisas com o genoma humano, da promoção de pesquisas sobre biologia e genética humana, levando-se em conta os problemas específicos dos diferentes países, da utilização dessas pesquisas em favor do progresso econômico e social e assegurando-se o livre intercâmbio de conhecimentos e informações nas áreas de biologia, genética e medicina (art. 19).

Conforme Bobbio (1992, p. 6) a quarta geração de direitos do homem refere-se “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. Assim, a Declaração do Genoma Humano, estabeleceu uma nova categoria de direitos humanos: o direito ao patrimônio genético e a todos os aspectos de sua manifestação.

A concordância dos países signatários estabelece limites aos cidadãos, aos grupos sociais e ao Estado, que se obriga a respeitar as normas da comunidade internacional. A declaração representa uma tentativa de criar uma ordem ético-jurídica intermediária entre os princípios da bioética e a ordem jurídica positiva, o que irá obrigar os países signatários, a incorporar as suas disposições nos seus ordenamentos jurídicos nacionais.

4.10 Direito de Resistência

Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000, p. 1114) explicam o significado do termo resistência:

Na linguagem histórico-política, se designam sob o termo Resistência, entendido em seu significado estrito, todos os movimentos ou diferentes formas de oposição ativa e passiva que se deram na Europa, durante a Segunda Guerra Mundial, contra a ocupação alemã e italiana (...). Como indica, do ponto de vista lexical, o próprio termo, trata-se mais de uma reação que de ação, de uma defesa que de uma ofensiva, de uma oposição que de uma revolução.

O direito de resistência se evidenciou primeiramente na história por meio do direito natural, e, posteriormente, pela sua positivação em leis e constituições. Diante do entendimento da doutrina do direito natural que há um direito anterior à formação da sociedade política, houve uma grande reflexão sobre a relação entre o Estado e o cidadão.

Um dos mais antigos exemplos de resistência é encontrado na peça *Antígona* (442 a.C.) de Sófocles. *Antígona* se rebela contra as determinações de seu tio e governante da cidade, Creonte, que proibiu o sepultamento e seu irmão, Polinice, que morreu em combate com outro irmão, Etéocles, pelo trono de Tebas, e como Édipo o pai de todos, já havia falecido, o controle fica com Creonte. Por um lado, Etéocles recebe sepultura digna e por outro lado, Polinice, acusado de ataque à pátria e aos deuses, é vedado por Creonte de ser enterrado, sendo determinado que seu corpo permanecesse ao ar livre, para ser devorado pelas

aves e pelos cães. Em sentido contrário ao decreto de Creonte, Antígona, invocando as leis naturais e divinas, sepulta o corpo de Polínice, sendo, posteriormente, condenada à morte. No que se refere à resistência Alves (2008, p. 74) explica que: “Há o indicativo de que muito provavelmente a resistência em relação a Creonte derive, sobretudo, do modo como ele exerce o poder. O próprio Creonte indica com bastante previsão que exige não somente respeito, mas submissão absoluta: ‘dar a cerviz ao jugo’ ”.

Entretanto, para Duarte (s/d, p. 47) o direito de resistência se consolida na Idade Média: “Na Idade Média surge o direito de resistência à opressão ou *ius resistendi*, como a doutrina de um governo justo, do primeiro príncipe perfeito e da cidade dirigida para o bem comum, considerado em seus princípios como um dever de desobedecer a governos injustos ou leis injustas”.

Os jusnaturalistas muito refletiram sobre o direito de resistência, visto que quando os códigos morais não valiam esta era a única forma do homem se proteger. Entendem que há um sistema de normas anteriores e eticamente superiores às do Estado, sendo assim são ilegítimos todos os preceitos de direito positivo que se oponham ao direito natural.

A corrente jusnaturalista defendeu a idéia de um Direito natural moderno, ou seja, que tem a sua fonte exclusiva de validade na razão humana. Nesse contexto, a lei natural é um direito e não uma obrigação, como direito de resistir ao soberano que transgrediu as leis naturais, transformando, assim, de imperfeita em perfeita e de interna em externa a obrigação do soberano (BUZANELLO, 2006, p. 33).

A filosofia tomista defende a igualdade dos homens perante Deus, bem como a existência de duas ordens distintas formadas respectivamente pelo direito natural, como expressão da natureza racional o homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos,

justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população (SARLET, 2009, p. 38). Luño (2007, p. 30) explica que:

Assim, para o pensamento tomista se desprende a exigência de submeter o Direito positivo aos preceitos do Direito natural, expressão de natureza racional humana. Desse modo, o dever de obediência ao Direito positivo se realizará em conformidade com o direito natural, gerando-se, nos supostos conflitos abertos, um direito de resistência frente ao arbítrio daqueles que governam.

Conforme entende Paupério (1997, p. 58), o bem comum é, para São Tomás de Aquino, a medida e o limite do chamado “direito de resistência”. A filosofia tomista busca salvaguardar o bem comum, protegendo a ordem social conforme as exigências da natureza humana.

São Tomás de Aquino não propõe uma mudança radical, como uma revolução armada, na **Suma Teológica** (questão XLII, art. 2), condena a insurreição popular contra o governante e afirma que esse ato é um pecado mortal. Entretanto, não sendo o governante justo, porque não implanta o bem comum, não constitui insurreição o ato de se opor ao mal governante.

De um lado, conforme Paupério (1997, p. 59), a filosofia tomista refere-se a qualquer tipo ou modelo de tirano. Por outro lado, em alguns casos, São Tomás de Aquino utiliza o conceito de “tirania” como sendo uma forma corrupta da monarquia.

São Tomás de Aquino estabelece orientações para prevenir a tirania. A priori, é necessário ter cuidado na escolha do rei, do governante. Uma escolha errada, por parte da comunidade, pode gerar um governo autoritário. A segunda orientação é, a comunidade e o governante dotarem o governo de uma organização político-jurídica capaz de impedir, ou amenizar, a tirania. Assim, Paupério (1997, p. 60) observa que: “Dentro do regime constitucional contemporâneo, atenderia em princípio, aos anseios tomistas, neste particular, o sistema de freios e contrapesos de inspiração norte-americana”.

Dentre algumas manifestações do direito de resistência constitucional, pode-se citar: a Magna Carta de João-Sem-Terra de 1215 (assegurava o direito de o povo se revoltar e se

insurgir quando o príncipe não cumprisse as obrigações às quais se vinculava); o *Sachsenspiegel*, documento alemão (prevê que o homem deve opor-se ao seu rei e a seu juiz quando este comete injustiça e, inclusive, ajudar a resistir-lhe por todos os meios); a Carta siciliana de 1812; a Carta húngara, Bula de Ouro, de 1222; a Carta de Irmandade dos reinos de Leão e Galiza com o de Castela, na Espanha; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776.

O mesmo ocorreu com os textos revolucionários franceses das Declarações de Direito de 1789, que no seu art. 2º dispõe: “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

John Locke foi o grande doutrinador da teoria de resistência, pois foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência), Bobbio (1997, p. 245) entende que para Locke apenas os cidadãos poderiam valer-se do direito de resistência: “A construção política do filósofo encerra-se com um apelo à resistência, à desobediência civil, ao direito que têm os cidadãos de não se deixarem oprimir pelos governantes sem escrúpulos”. Assim, a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade principal da sociedade civil e em princípio legitimador do governo (SARLET, 2009, p. 40).

No que se refere ao direito de resistência, Locke entende que no caso da impossibilidade de os magistrados, cuja autoridade baseia-se na proteção dos direitos naturais, desrepeitem a “lei natural”. Se isso acontecer, a oposição dos cidadãos é completamente legítima, conforme expressa: Aquele que exceda com sua autoridade o poder que lhe foi dado pela lei e faça uso da força que possui sob seu comando para fazer, com respeito aos súditos, o que a lei não permite, deixa, por isso, de ser magistrado e, como delibera sem autoridade,

justifica a oposição que se lhe faça, assim como nos opomos a qualquer pessoa que viole com força o direito alheio (BOBBIO, 1997, p. 242).

A Carta Magna da Inglaterra expressava implicitamente em seu artigo 25 o direito de resistência dos barões contra as transgressões reais. Ganha maior destaque na Declaração de Virgínia de 1776, onde se estabelecia:

Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.

A Declaração dos Direitos do Homem estabelece em seu art. 2º e na Declaração de Direitos de 1793 (França) estabeleceu o direito de insurreição e define no artigo 33 que a resistência a opressão é a consequência dos demais direitos do homem, acrescentando no artigo 34 que: “Há opressão contra o corpo social, mesmo quando um só dos seus membros é oprimido. Há opressão contra cada membro, quando o corpo social é oprimido”, e finalmente, o artigo 35 observa que: “Quando o governo viola os direitos do Povo, a revolta é para o Povo e para cada agrupamento do Povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensáveis dos deveres”.

Bobbio (1992, p. 144) explica que:

(...) o contrário da resistência é a obediência, o contrário da contestação é a aceitação. A teoria geral do direito deteve-se muitas vezes e com prazer (ultimamente, em Hart) na diferença entre a obediência a uma norma ou ao ordenamento em seu conjunto, que é uma atitude passiva (e pode ser também mecânica, puramente habitual, instintiva), e a aceitação de uma norma ou do ordenamento em seu conjunto, que é uma atitude ativa, que implica, se não um juízo de aprovação, pelo menos uma inclinação favorável a se servir da norma ou das normas para guiar a própria conduta e para condenar a conduta de quem não se conforma com ela ou elas. Enquanto contrária à obediência, a resistência compreende todo comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que ponha em crise o sistema pelo simples fato de produzir-se, como ocorre num tumulto, num motim, numa rebelião, numa insurreição, até o caso limite da revolução; que ponha o sistema em crise, mas não necessariamente em questão. Enquanto contrária à aceitação, a contestação se refere, mais do que a um comportamento de ruptura, a uma atitude de crítica, que põe em questão a ordem constituída sem necessariamente pô-la em crise.

O termo desobediência civil surgiu no século passado na obra de Henry David Thoreau que escreve que os Estados Unidos declararam guerra ao México alegando ofensas dos mexicanos e roubaram metade do território do México. Thoreau (2006, p. 30) se rebela contra a prepotência e a arrogância norte-americana contra seu país vizinho, “obra de relativamente poucas pessoas que valem do governo estabelecido como de um instrumento, apesar de que o povo não havia autorizado essa medida”. Em sentido contrário a agressão americana, enfatiza que o governo é um recurso através do qual os homens buscam viver em paz, sendo mais vantajoso que interfira menos na vida dos governados. Para tal, observa que devemos ser homens primeiro e cidadãos depois, devendo se cultivar o respeito a justiça e não a lei, “a única obrigação que tenho direito a assumir é a de fazer em cada momento o que creio justo” (THOUREAU, 2006, p. 31). Dessa maneira, reconhece o direito a revolução, ou seja, “o direito de negar sua lealdade e opor-se ao governo quando sua tirania ou sua ineficácia sejam desmedidos e insuportáveis” (THOUREAU, 2006, p. 34).

Entretanto, o termo desobediência civil ganha força com uma matriz religiosa, primeiramente com Gandhi, que se utiliza da expressão *Satyagraha* que significa “ensaio justo”, “tentativa reta”, bem como para reivindicar os valores superiores na Constituição Política para derrotar o imperialismo inglês (RIVAS, 2000, p. 71).

Gandhi organizou pela primeira vez uma resistência não-violenta com a finalidade de defender os direitos dos imigrantes indianos na África do Sul. Quando começava a organizar a luta utilizava o termo “resistência passiva”. Gandhi citado por Muller (2007, p. 206-207) explica que em meio aos ingleses, “cada vez que uma pequena minoria desaprovava alguma legislação injusta, em vez de se revoltar, assumia a atitude de resistência passiva não se submetendo à lei e incorrendo em sanções de desobediência”. O fundamento da resistência não-violenta é o sofrimento daquele que se recusa a aceitar o mal. Na área política a luta a favor da população consiste em se opor ao erro das leis injustas, pois quando não se consegue

persuadir o legislador por meios jurídicos só resta a opção em utilizar a força física ou aceitar o sofrimento, e cumprir a pena prevista pela infração da lei.

Dessa maneira, a desobediência civil, na filosofia de Gandhi conforme explica Muller (2007, p. 208): “constitui uma rebelião pacífica mais eficaz do que a revolta armada e não pode fracassar se os resistentes estiverem determinados a enfrentar provas muito duras, pois está ‘firmada na convicção implícita da eficácia absoluta do sofrimento do inocente’ ”.

Também com a luta e com as obras de Martin Luther King a desobediência civil adquire uma conotação mais atual, sobretudo, com sua luta contra a discriminação racial e o protesto contra a guerra do Vietnã. No discurso **Eu Tenho um Sonho** quando a igualdade dos homens expressa na Declaração de Independência dos Estados Unidos estava longe de ser realidade:

Eu tenho um sonho de que algum dia esta nação se alcançará e se viverá verdadeiramente o autêntico significado de seu credo: “Afirmamos que estas verdades são evidentes por si mesmas, que todos os homens sejam criados iguais”.
 Sonho de que algum dia nas vermelhas colinas da Geórgia, filhos de antigos escravos e filhos de donos de escravos antigos possam sentar-se juntos ante a mesa da irmandade.
 Sonho que algum dia até o Estado do Mississippi, um estado calcinado pelo calor da injustiça e da opressão, será transformado em um oásis da liberdade e justiça (KING, 2005, p. 263).

Para Rivas (2000, p. 71-72) desobediência civil:

é uma forma de insubmissão ao direito positivo, protagonizada por um grupo de pessoas que de maneira pública, pacífica, lutam para frustrar uma determinada normatização não constitucional (legislação, programas, decisões governativas), que se considera ilegal ou imoral, aceitando o castigo por tal insubmissão, luta que se justifica desde o ponto de vista moral, jurídico e político, porque quer fortalecer os direitos humanos, a democracia e o Estado social de direito.

A resistência ocorre por meio de um ato prático mesmo que de caráter somente demonstrativo: como o do empregado que senta à mesa do restaurante reservado aos chefes. Por sua vez, a contestação refere-se a um discurso crítico, num protesto oral, numa assembleia, por exemplo. Contudo na prática a diferenciação não é tão simples, é difícil estabelecer onde termina a contestação e onde começa a resistência. Bobbio (1992, p. 145) explica que pode se verificar os dois casos limites:

o de uma resistência sem contestação (a ocupação de terras por camponeses famintos) e o de uma contestação que não se faz acompanhar por ato subversivo que possa ser chamado de resistência (ocupação de salas de aula de uma universidade, que é certamente um ato de resistência, nem sempre caracterizou necessariamente a contestação do movimento estudantil). Enquanto a resistência, ainda que não necessariamente violenta, pode chegar até o uso da violência e, de qualquer modo, não é incompatível com o uso da violência, a violência do contestador, ao contrário, é sempre ideológica.

Por sua vez Duarte (s/d, p. 50) entende como resistência ativa:

rebelião e insurreição contra a opressão, porém em defesa da ordem e do direito vigente, de maneira sucessiva, que pode desembocar na morte do tirano. Ex: não obedecer às intimidações da polícia, por obstáculos a uma operação legal mediante a obstrução sem violência etc.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) que começa com a afirmação de que, “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos, iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (BOBBIO, 2000B, p. 497). Dessa forma os direitos do homem devem ser protegidos por normas jurídicas “se quisermos evitar que o homem seja obrigado a recorrer em última instância à rebelião contra a tirania e a opressão”, ou seja, a ausência de proteção dos direitos humanos é causa para o surgimento do direito de desobediência civil e de resistência.

O direito de resistência, entendido como garantia individual ou coletivo previsto geralmente na forma legal, nas Constituições, denomina-se resistência legal, para se evitar o excesso de poder e, ainda, se tem a resistência fundamentada no direito natural que invoca um direito superior contrário a legalidade, qualificada como formal.

Por fim, é importante o legislador refletir sobre os fatos sociais determinantes do processo político em geral, e nesse sentido o direito de resistência pode ser um instrumento para interlocução com a realidade social (BUZANELLO, 2006, p. 169).

4.11 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Bouchet-Saulnier (2004, p. 382) explica que proteger: “é reconhecer que os indivíduos têm direitos e que as autoridades que exercem o poder sobre eles têm obrigações. É defender a existência legal das pessoas protegidas ao mesmo tempo que a sua existência biológica”.

No sentido de proteger os direitos do homem Bobbio (1992, p. 67) entende que:

(...) Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de direito).

Diante das inúmeras violações aos direitos do homem, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial verificou-se a importância de se criar mecanismos de proteção aos direitos do homem no âmbito interno e internacional dos Estados.

Entretanto, mesmo com a aprovação da Declaração das Nações Unidas de 1948, faltou efetividade, pois a reiterada violação dos direitos do homem pelos países signatários da Declaração e dos demais documentos internacionais, que a seguiram, bem como dos próprios textos constitucionais nacionais consagradores dos valores da pessoa humana, mostra a necessidade permanente de defesa racional dos fundamentos dos direitos do homem. Não se trata, portanto, de uma questão resolvida e superada, mas viva e presente, sobretudo, diante da violação constante dos direitos em diferentes locais do planeta.

No plano interno, os Estados por meio de Constituições passaram a propiciar direitos e assumir deveres para com a sociedade e diante das relações internacionais criadas no pós-guerra e da universalidade dos direitos do homem se estabeleceu um momento oportuno para se criar o Direito Internacional dos Direitos do Homem que

consiste na normatização desse direito consubstanciado em declarações, pactos, convenções e protocolos, sendo seus efeitos jurídicos variáveis conforme a adesão dos Estados signatários e de suas ratificações, bem como a aprovação e a reiteração de seu conteúdo pelos parlamentos nacionais. A efetividade das normas é inseparável da análise jurídico-política dos direitos do homem internamente aos Estados e entre os Estados. Dessa forma é necessário examinar a relação entre os direitos do homem proclamados internacionalmente e no interior dos países que constitucionalizaram estes direitos.

É importante observar que muitas convenções referentes aos direitos do homem não possuem qualquer sistema de sanção internacional. Em sentido contrário, as Convenções de Genebra que tratam dos conflitos armados estabelecem um mecanismo de definição das infrações graves e de sanção penal.

Bobbio estabelece a distinção entre direitos em sentido forte, aqueles que possuem coercitividade, dos direitos em sentido fraco, que apenas são diretivas de condutas, denominados “exigências”. Com efeito, para cada direito em sentido forte está correlacionada uma obrigação. As *exigências* por melhores fundamentos que possam ter, não vinculam uma decisão judiciária ou determinam uma sanção no caso de serem violadas. Esses “direitos” exigências na melhor das hipóteses são diretivas para direitos futuros, o que “significa criar expectativas, que podem não ser jamais satisfeitas” (1992 p. 79).

Bobbio nesta perspectiva juspositivista dos sistemas de direitos do homem observa a passagem dos direitos do homem prescritos em códigos morais ou naturais para os denominados códigos fortes. O primeiro é um sistema filosófico que almeja a judicialização, e por isso um sistema fraco; o segundo, em virtude da

constitucionalização dos conteúdos filosóficos é um sistema de direitos em sentido forte, pois é a norma positivada que lhe fornece a coercibilidade.

Os países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 chegaram a um acordo a respeito de quais seriam esses direitos e quais as suas garantias mínimas (Bobbio, 1992, p. 25). Assim, Bobbio, argumenta que o problema básico reside em determinarem-se quais os meios a serem empregados para que os direitos do homem sejam garantidos. Por conseguinte, os cidadãos dos países signatários tornaram-se sujeitos jurídicos do direito internacional; o que demonstra a presença de Kant nos ensinamentos bobbianos, conforme prescreve **A Paz Perpétua** de Kant, o Direito Cosmopolita. Este que *deverá ser* o direito público dos homens em geral, “a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos” (BOBBIO, 1992, p. 139). Nesse processo de busca da paz perpetua no sentido Kantiano da expressão e a conseqüente efetivação dos direitos do homem, Bobbio entende que é importante para se cessar a guerra, um acordo real, e não mera idealização desprovida de plena eficácia. Desse modo, para a paz perpétua é primordial a reorganização da sociedade internacional, observando a importância do Direito como instrumento concretizador do ideário de convivência pacífica e harmoniosa entre as nações.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, se teve o surgimento de outras declarações, tratados e convenções, acerca dos direitos do homem, tanto no sentido da produção material (dos direitos políticos da mulher, da criança, do deficiente mental e físicos), como também no sentido da transferência de poder para organismos internacionais para promover, controlar e garantir em face dos países signatários destes acordos (BOBBIO, 1992, p. 39 e ss). Bobbio na obra **A Era dos Direitos** (1992, p. 39-40) estabelece que as atividades internacionais referentes a tutela dos direitos do homem devem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia.

Para Oliveira (2009, p. 27), as atividades de promoção dos direitos do homem se referem ao conjunto de ações que são visam a dois objetivos:

a) Induzir os Estados que não tem uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já tem a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direitos substancial (número e qualidade dos controles jurisdicionais). Assim, correspondem ao conjunto de ações destinadas ao fomento e ao aperfeiçoamento do regime de direitos humanos pelo Estado.

As atividades de controle referem-se ao conjunto de medidas utilizadas pelos organismos internacionais para averiguar em que grau as convenções estão sendo acolhidas e respeitadas por meio da exigência de relatórios de cada Estado signatário ou pela análise de comunicados de algum Estado denunciando outro em caso de não cumprimento do acordo.

Oliveira (2009, p. 27) explica que há duas maneiras para exercer esse controle: “ambos previstos, por exemplo, nos dois Pactos de Nova Iorque de 1966 – são os relatórios dos Estados signatários e os comunicados (arts, 40 e 41)”. Lafer (2005, p. 128) explica que: “O monitoramento é um modo de assegurar a transparência do exercício do poder – um grande tema de Bobbio – e desta maneira aferir, pela visibilidade, a qualidade do governo”. Dessa maneira, as atividades de controle se referem a cobrança dos Estados no tocante as suas obrigações assumidas internacionalmente.

A atividade de garantia refere-se conforme explica Bobbio (1992, p. 40): “a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional”. Lafer (2005, p. 128) entende que a garantia:

É o que ocorre na Europa, graças à Convenção Européia dos Direitos Humanos e é o que vem ocorrendo na América Latina, com a plena aplicação do Pacto de São José. Merece igualmente, menção, a criação do Tribunal Penal Internacional que, com a entrada em vigor do Estatuto de Roma, estabeleceu uma jurisdição para os crimes internacionais violadores dos direitos humanos.

Por sua vez, Oliveira (2009, p. 27) entende que: “Assim, só será criada quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”.

Em suma, as duas primeiras formas de tutela na teoria bobbiana (1992, p. 40) buscam o aperfeiçoamento da legislação interior de cada Estado, enquanto que a última cria "uma nova e mais alta jurisdição". Oliveira (2009, p. 27) acrescenta que:

enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente a reforçar as garantias existentes ou as instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem por objetivo a criação de uma nova jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente.

Squella (2005, p. 221) explica que:

Bobbio sustenta que enquanto se da primazia aos ordenamentos jurídicos dos Estados sobre o direito internacional, sopram ventos adversos para a paz, que somente trocam de direção na medida em que ganha terreno a doutrina contrária, isto é, a da primazia do direito internacional.

As sociedades, ao reconhecerem que todo ser humano tem direitos e cabe ao Estado o dever de respeitá-los e garantir sua plena realização, buscam criar mecanismos de âmbito mais amplo que o próprio Estado, que compõem um conjunto de legislação internacional.

Squella (2005, p. 223) observa que:

Em suma, para se proteger os cidadãos pacíficos dos cidadãos violentos no plano interno ou internacional pode se chegar até a atribuir com êxito ao Estado o monopólio do uso da força, proibindo o emprego desta pelos particulares, não se vê porque não há de seguir-se no mesmo caminho no campo internacional, dando vida aqui a formas e instituições que tragam consigo um similar monopólio do uso da força.

Além da legislação, outros mecanismos, como os tribunais internacionais, objetivam controlar a ação estatal sobre as pessoas e demais instituições. Bobbio (2000b, p. 500) explica que para a proteção internacional dos direitos do homem:

devem ser criados instrumentos adequados para garanti-los não só no interior do Estado, isto é, só quando for reconhecido ao indivíduo o direito de recorrer a instâncias superiores às instâncias do Estado, em último caso, precisamente a órgãos internacionais, e quando esses órgãos tiverem munidos de suficiente poder para conseguir fazer com que suas próprias decisões sejam respeitadas.

Para Bobbio a Convenção Européia dos Direitos do Homem trouxe uma inovação no que se refere a garantia do atual sistema de proteção de direitos do homem. Dessa forma,

Bobbio (1992, p. 40-41) observa que:

Mas só é possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado que é ainda a característica predominante da atual fase para a garantia contra o Estado.

A priori, conforme explica Arendt, o Estado é o local no qual os direitos do homem são passíveis de serem exercidos, pois o pressuposto destes é a cidadania, que somente pode ser realizada dentro do Estado.

Os direitos humanos pressupõe a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante, ou seja, o Estado deve ser um instrumento dos homens e não o contrário (LAFER, 2001, p. 52).

A Conferência Mundial de Direitos Humanos que aconteceu em Viena em 1993, estabelece em seu parágrafo 5º que: “(...) todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. Reconhece as características nacionais e suas particularidades regionais, e os diferentes patrimônios culturais, observando a seguir que: “(...) é dever dos estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais” (MAZZUOLI, 2006, p. 563).

Na complexa sociedade contemporânea mundial diante das diversas culturas rivais como se deve estabelecer o que é tolerável?

Diante da multiplicidade de indivíduos e culturas, como se deve fundar valores universais aceitos, como determinar paradigmas de ação, visto que não há, imediatamente, denominadores comuns entre as diversas culturas, para prover as ações. Para Ricouer, esse critério universal se funda no respeito à pessoa humana. Cesar (2002, p. 71) explica que:

É intolerável o que é adjeto, desrespeitoso; o que nega, previamente, ao outro, seu valor de pessoa, como interlocutor; é intolerável o que impede ou bloqueia o debate, a liberdade, a participação do indivíduo na vida política, pois tal participação e tal liberdade são condições do estabelecimento de um consenso conflitual – ponto de apoio da democracia, possibilidade de vida feliz com e para os outros.

Tolerância é, pois, respeito ao outro, de qualquer cultura; é reconhecimento do outro como interlocutor e parceiro na megapólis que o mundo se tornou. É a afirmação do valor da razão e da palavra, do debate como ingrediente da vida propriamente humana.

Desse modo, observa-se a importância de organizações presentes no sistema jurídico de proteção internacional dos direitos do homem superior ao Estado (exemplo: Tribunais Internacionais), pois pode ocorrer de o Estado ofender e violar os direitos do homem, como aconteceu na Alemanha nazista. Cretella Neto (2008a, p. 40) na obra **Terrorismo Internacional** entende que:

o terrorismo praticado pelo Estado consiste no uso ilegal da violência ou de repressão perpetrados ou patrocinados por um Estado contra todos ou alguns de seus nacionais, baseado em discriminação social, racial, religiosa ou cultural, ou contra os cidadãos de um território ocupado ou anexado por esse Estado, ou contra os cidadãos de países vizinhos ou distantes.

Portanto, tem-se a necessidade de controlar as ações estatais, e esse controle não pode se restringir somente às instituições internas do Estado. São necessários outros instrumentos de controle, estabelecidos por declarações, tratados e convenções capazes de surtir efeitos jurídicos e potencializar as ações dos organismos internacionais de defesa dos direitos do homem em qualquer lugar do mundo. Bobbio explica na obra **Diário de Um Século** (1998, p. 218) que:

Através das declarações dos direitos do homem e através das convenções que os tutelam de fato, pode-se pressionar os Estados nacionais para que introduzam nas suas ordenações, nos casos em que delas estão privados, disciplinas específicas e processos *ad hoc*. Em segundo lugar, os organismos internacionais podem acionar controles, no interior dos Estados nacionais, para verificar se as recomendações são acolhidas e em que medida as convenções são respeitadas. Totalmente diversa é uma tutela jurídica em âmbito internacional, que tenha o poder de impor-se às jurisdições nacionais individuais, realizando a passagem – como eu escrevia – “da guerra dentro do Estado à garantia contra o Estado”. Esta autoridade supranacional, este Superestado universal, do qual esperamos a tarefa de regular os conflitos entre os Estados e de garantir em qualquer lugar a tutela dos direitos fundamentais do homem, é, pelo menos até agora, o “terceiro ausente”.

Desse modo, deve ser mantida a prevalência dos seres humanos em relação à sua construção estatal, o que se dá pela proteção dos direitos do homem. Nenhuma autoridade

legalmente constituída, grupo ou indivíduo pode atentar contra os direitos do homem, Santigati (2006, p. 51) ressalta:

a necessidade de protegê-los e garanti-los em toda circunstância e em todo momento, sem subordiná-los nem minimizá-los. Se os Direitos Humanos se subordinam a um limitado e amoral poder do Estado e se impõe uma doutrina de segurança do Estado, os Direitos Humanos se esvaziam de conteúdos.

Contudo, não cabe somente ao Estado a implementação dos direitos do homem, pois a sociedade civil organizada também tem uma função importante para a sua efetivação, através dos movimentos sociais, sindicatos, associações, centros de defesa e de educação, conselhos de direitos. É por meio da participação de todos que se efetivarão os direitos do homem e se determinará o alcance que os mesmos terão na sociedade. A efetivação da proteção dos direitos do homem está relacionada ao desenvolvimento da civilização humana, e a questão da efetivação dos direitos do homem, conforme ensina Bobbio (1998, p. 217-218) não pode ser analisada, excluindo-a de dois grandes problemas de nosso tempo que são a guerra e a miséria:

o absurdo contraste entre o excesso de potência que criou condições para uma guerra exterminadora e o excesso de impotência que condena milhões de pessoas à fome. Somente nesse contexto podemos nos aproximar dos direitos do homem com senso de realidade e sem declamações (...). A qualquer um que se proponha a fazer um exame sem preconceitos do desenvolvimento dos direitos do homem depois da Segunda Guerra Mundial, eu aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar ao seu redor. Quantas vítimas inocentes de guerras cruéis, quanto abominável racismo, quanta degradante pobreza e quanto espírito de opressão, de domínio, de petulância, de desprezo para com os mais frágeis, de cega inveja pelos fortes; quanto fanatismo! E falamos em dignidade da pessoa humana! A história do homem é milenar, mas, comparada às nossas esperanças, ela acaba de ter início.

Por fim, Bobbio (1992, p. 45) afirma que: “Só nesse contexto é que podemos nos aproximar do problema dos direitos com senso de realismo. Não podemos ser pessimistas a ponto de nos abandonarmos ao desespero, mas também não devemos ser tão otimistas que nos tornemos presunçosos”.

CAPÍTULO 5

A FASE DA ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E A TRASLADAÇÃO DA PAZ DA TERCEIRA PARA A QUINTA GERAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

5.1 A Multiplicação e a Conseqüente Especificação dos Direitos do Homem

A reflexão sobre os direitos do homem conduz, necessariamente, à análise de sua relação com o próprio homem, seu destinatário. Assim, para se introduzir a questão no plano da filosofia se tem que levar em consideração que Bobbio (1992, p. 62) explicita uma nova tendência denominada de Fase de Especificação:

Além dos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, aos quais me referi no início, manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de especificação; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos de direitos.

Por conseguinte, na filosofia bobbiana (1992, p. 68) a multiplicação e a conseqüente especificação dos direitos do homem ocorreram em virtude das seguintes condições históricas:

Primeiramente porque se aumentou a quantidade de bens tutelados pelo Estado; conforme explica Bobbio (1992, p. 69): “ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem a intervenção do Estado”.

Em segundo lugar porque foi ampliada a titularidade de direitos a sujeitos distintos do homem e, mediante o aumento dos bens tutelados teve-se também a ampliação do número de titulares de direitos e, conseqüentemente, de requisitos para visualizar não o homem genérico

mais suas especificidades. Assim, tem-se à passagem dos direitos individuais para os direitos sociais, conforme observa Bobbio (1992, p. 69):

- em outras palavras da 'pessoa' – para sujeitos diferentes do indivíduo, como família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que representam, a te mesmo sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.

Em terceiro lugar conforme explica Bobbio (1992, 68) porque “o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem abstrato, mas é mais visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc”. Dessa maneira, Bobbio (1992, p. 69) evidencia a trasladação da etapa do homem genérico abstrato para o homem concreto:

a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficiente, etc.

Miranda citado por Silva (2003, p. 31) entende que a dignidade da pessoa humana: “é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos (a começar pela vida) a Constituição enuncia e protege”.

No processo de especificação há uma particularizada identificação dos sujeitos titulares dos direitos, onde se atribui determinadas características aos que se encontram em uma situação de desvantagem em relação aos demais. Dessa maneira, Lafer (2005, p. 38) entende que: “se completa a idéia dos destinatários genéricos – os seres humanos, os cidadãos – com a especificação do ser humano situado”.

Diante da vulnerabilidade de certos grupos para reivindicar seus direitos, o sistema internacional dos direitos do homem vem procurando elaborar instrumentos jurídicos para protegê-los a fim de que sejam reconhecidos como sujeitos de direito internacional.

Cretella Neto (2008, p. 611) explica que: “Pessoas com necessidades especiais denominadas “portadoras de deficiências” ou “deficientes”, sofrem, com frequência, discriminação social e profissional, combatida por diversos instrumentos internacionais”. Assim, a proteção a esses grupos tende a reduzir as desigualdades e as discriminações, assegurando o exercício ativo de seus direitos de maneira individual e coletiva.

Assim, em consequência dos direitos sociais ocorre o fenômeno da multiplicação dos Direitos do Homem, porque os direitos individuais são para Bobbio (1992, p.70) os “primeiros direitos reconhecidos e protegidos”, ou seja, os direitos individuais são universalizados. Exemplo disso é a Declaração de Direitos do Homem dentre outras declarações vislumbradas no processo histórico. Bobbio (1992, p. 30) ao analisar o processo de universalização explica que:

Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração [de 1948] contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Nos direitos sociais há uma maior multiplicação e proliferação dos direitos, sendo que com estes direitos surgem novos grupos de pessoas, conforme Bobbio (1992, p.72) observa “antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente (...)”. No tocante a multiplicação e a especificação dos direitos do homem Rivas (2000, p. 184-185) entende que ambos se complementam e se enriquecem:

Por sua própria essência, os direitos humanos são cosmopolitas, quando se aplicam aos grupos indicados. Não percamos de vista que os direitos humanos no início têm como horizonte o

mundo ocidental onde nascem, e dentro dele, Europa a cabeça, logo Estados Unidos; mais tarde, o resto da América e posteriormente Ásia e África. Os direitos humanos se aplicaram primeiro aos burgueses que aos proletários, aos latifundiários que aos camponeses, aos ricos que aos pobres, aos brancos que aos negros ou indígenas, aos adultos que as crianças, aos homens que as mulheres. Sem dúvida, tais desajustes empíricos não afetam sua teoria universal, não gerada por ela, senão pelo desenvolvimento desigual da humanidade em todas as ordens sócio-econômicas, jurídico-políticos, raciais, geográficos, culturais, religiosos ou de sexo.

No que se refere ao sistema internacional tem-se duas observações importantes, conforme explica Bobbio (1992, p. 82):

reconhecimento e a proteção de pretensões ou exigências contidas nas Declarações provenientes de órgãos e agências do sistema internacional sejam considerados condições necessárias para que um Estado possa pertencer a comunidade internacional b) a existência, no sistema internacional, de um poder comum suficientemente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados.

Os instrumentos de proteção particularizada, segundo Lafer explica, na obra **História da Paz** (2008, p. 322):

respondem ao que Bobbio qualificou como um impulso de especificação, voltado para proteger o ser humano em situação mais vulnerável. Determinam de maneira mais concreta os destinatários da tutela jurídica dos direitos e garantias. Parte significativa destes instrumentos responde à exigência da especificação no plano internacional. Procuram dar conta da relevância de uma tutela internacional para possibilitar o direito a ter direitos em função dos problemas que o sistema internacional evidenciou no período entre duas guerras mundiais e que persistem na agenda mundial.

Na segunda metade do século XX, ocorreu a proliferação de Convenções e Tratados Internacionais, que além de vincularem os países signatários mediante sanções, os influenciaram a convertê-los em normas de direito público nacionais.

Nos últimos cinquenta anos, a ONU promoveu uma série de conferências específicas que aumentaram a quantidade de bens que precisavam ser defendidos: a natureza e o meio ambiente, a identidade cultural dos povos e das minorias, o direito à comunicação e a imagem. Bobbio observa que vários documentos sobre direitos do homem vêm sendo elaborados, como a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação à Mulher (1967), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), num processo constante de internacionalização

dos direitos do homem. Por conseguinte, os direitos enunciados nos tratados internacionais vêm sendo internalizados no Direito Constitucional dos Estados. Já no tocante ao direito do idoso, vários documentos internacionais foram legislados após a Assembléia mundial que aconteceu em 26 de julho de 1982, em Viena, a qual determinou diretrizes para garantir a segurança econômica e social das pessoas com mais idade.

Diante a produção normativa ocorrida na fase da especificação, tanto no sentido da produção material (dos direitos políticos da mulher, da criança, do deficiente mental e físicos), como também no sentido da transferência de poder para organismos internacionais (promover, controlar e garantir os direitos do homem); os homens tornaram-se sujeitos de direito internacional (BOBBIO, 1992, p. 39 e ss).

5.2 A Tolerância como elemento para a Paz

Os homens devido aos pensamentos, teorias e interesses divergentes, muitas vezes entram em conflitos. Cesar (1998, p. 49-50) observa que para Ricoeur os conflitos:

são ligados, na sociedade atual, à ausência de um projeto coletivo, ao aniquilamento das normas e ao esquecimento das heranças tradicionais; às ilusões da dissidência, que nega toda autoridade como símbolo de repressão, e a sua contrapartida, a tentação da ordem, que se caracteriza pela defesa de privilégios e pela reafirmação não-criativa e conservadora das normas; ao mito do simples, tentativa de retorno à primitividade, às sociedades artesanais e fracamente institucionalizadas. Outro aspecto dos conflitos reside no esgotamento da democracia representativa, uma vez que foi o homem liberal quem fez as guerras coloniais, a guerra do Vietnã.

Cesar (2002, p. 61) entende que para Ricoeur a tolerância no plano filosófico: “consiste primeiramente na tentativa de superação dos conflitos das interpretações. Ou seja, no reconhecimento da pluralidade da verdade, no não-dogmatismo, na recusa do ceticismo”.

O termo tolerância tem dois significados que se relacionam com seu desenvolvimento histórico:

O primeiro indica a ausência de repressão, seja através da violência física, ou por outros meios, de opiniões consideradas falsas, comportamentos prejudiciais ou considerados contestatórios à religião, ao Estado ou aos valores de determinada sociedade. A tolerância nesse primeiro significado situa-se no âmbito da crença religiosa, referindo-se ao exercício da autoridade política, que professa uma determinada crença religiosa, mas tolera práticas ou opiniões religiosas divergentes. Modernamente, a palavra tolerância ganhou um sentido político e social mais abrangente, pois passou a definir a atitude de uma autoridade política ou de uma pessoa, que são consideradas tolerantes, quando se abstêm de penalizar opiniões e comportamentos diversos dos próprios. Essa segunda acepção da palavra resultou da primeira, ganhando significado político e social no contexto da evolução do estado moderno. O uso moderno da palavra pode, portanto, ser datado, pois o seu emprego em sentido estrito ocorreu por ocasião da dissidência religiosa na Europa da reforma protestante (séculos XVI – XVII) (BARRETO, 2006, p. 819).

A tolerância no sentido jurídico para Bobbio (1992, p. 208) é aquela que “não se baseia na renúncia à própria verdade, ou na indiferença frente a qualquer forma de verdade. Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito a pessoa alheia”. Desse modo, tanto as Constituições como as Declarações, protegem os direitos do homem no tocante a liberdade de pensamento, mas limita-os, de maneira a vedar, toda forma de preconceito ou discriminação.

A Declaração de Princípios sobre a Tolerância aprovada pela Conferência Geral da Unesco em 16 de novembro de 1995, em seu art. 1º expressa que:

A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não é só um dever de ordem ética; é a igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz (CARDOSO, 2003, p. 192).

A intolerância que se fundamenta em distintos modos de preconceitos e discriminações tem como característica atentar contra a diversidade humana e se constitui em forma de racismo, homofobia, xenofobia etc. Neste caso, uma proposta de tolerância para Bobbio (2002, p. 19) deve responder a seguinte indagação: “Como se pode demonstrar que certas impaciências com respeito a uma minoria de pessoas diversas derivam de preconceitos inveterados, de formas irracionais, puramente emotivas, de julgar homens e eventos?”. Neste caso, a tolerância visa se opor ao preconceito e a discriminação.

Assim, Bobbio (1992, p.203) entende que: “o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da conseqüente discriminação”. Atualmente, verificam-se no mundo, grandes óbices em torno do preconceito e da discriminação os quais se referem, sobretudo, à crença, ao pensamento, ao sexo, cor, idade, raça, localidade, nome, social, físico. Assim, se faz necessário refletir sobre a tolerância e a diversidade.

Bobbio (2002, p. 103) entende por preconceito:

uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão: “acriticamente” e “passivamente”, na medida em que aceitamos sem verificá-la, por inércia, respeito ou temor, e a aceitamos com tanta força que resiste a qualquer refutação racional, vale dizer, a qualquer refutação feita com base em argumentos racionais. Por isso se diz corretamente que o preconceito pertencente à esfera do não racional, ao conjunto das crenças que não nascem do raciocínio e escapam de qualquer refutação fundada num raciocínio.

Assim, para Bobbio, o preconceito é uma opinião errônea aceita como verdadeira, mas nem toda opinião errônea pode ser considerada um preconceito. Bobbio exemplifica que quando se estuda uma língua estrangeira se cometem erros que não se originam de um preconceito e sim da falta e conhecimento das regras gramáticas da língua estrangeira, os quais podem ser facilmente corrigidos quando se vai praticando esta língua.

Bobbio (2002, p. 104) explica que outro tipo de erro que não se confunde com o preconceito é aquele onde se é enganado por alguém que faz outro acreditar ser verdadeira a coisa que não o é: “podemos cair no erro de boa-fé, mas também neste caso, uma vez desvelado o engano, estamos em condições de reconhecer o erro e restabelecer a verdade”.

Bobbio entende que a tolerância é o reconhecimento do igual direito de conviver, do direito ao erro de boa-fé, sendo a impossibilidade ou a dificuldade de se corrigir um preconceito, um erro perigoso para a sociedade.

Para Bobbio o preconceito pode ser individual ou coletivo. São exemplos de preconceitos individuais as superstições, as crenças de azar, o mau olhado, não viajar as

sextas-feiras, dentre outros. Bobbio (2002, p. 105) não se interessa por esse tipo de preconceito: “porque são crenças mais ou menos inócuas, que não têm a periculosidade social dos preconceitos coletivos”.

Bobbio (2002, p. 105) entende por preconceitos coletivos:

aqueles que são compartilhados por um grupo social inteiro e são dirigidos a outro grupo social. A periculosidade dos preconceitos coletivos depende do fato de que muitos conflitos entre grupos, que podem até mesmo degenerar na violência, derivam do modo distorcido com que um grupo social julga outro, gerando incompreensão, rivalidade, inimizade, desprezo ou escárnio.

Em regra, há um juízo distorcido recíproco entre os grupos, a identificação com o próprio grupo faz com que se perceba o outro como diverso ou hostil, é um erro que corresponde a pseudos - sentimentos e interesses de um grupo em relação a outro, havendo uma predisposição em creditar como verdade algo que é um interesse ou um sentimento irrefletido.

Bobbio explica que o termo discriminação é recente e foi introduzido na campanha racial nazi-fascista contra os judeus tidos como um grupo “discriminado” em relação ao dominante denota mais do que a diferença ou distinção, é uma palavra usada com uma conotação pejorativa, conforme observa Bobbio (2002, p. 107):

uma diferenciação injusta e ilegítima. Por que injusta ou ilegítima? Porque vai contra o princípio fundamental da justiça (aquela que os filósofos chamam de “regra de justiça”), segundo a qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais. Pode-se dizer que se tem uma discriminação quando aqueles que deveriam ser tratados de modo igual, com base em critérios comumente aceitos nos países civilizados (...), são tratados de modo desigual.

Bobbio observa que discriminar, enquanto ato de distinguir, não é algo negativo, mas tão somente quando impulsionada por um preconceito. Assim, a discriminação de fato pode levar ao reconhecimento da diversidade, ou seja, a conclusão de que somos diferentes. Já a discriminação de valor leva a posturas etnocêntricas, que são pautadas por três fases:

Na primeira fase ocorre o reconhecimento da diversidade na qual a discriminação se baseia num juízo de fato, ou seja, na constatação da distinção entre homens ou grupos,

conforme observa Bobbio (2002, p. 108): “Num juízo de fato deste gênero, não há nada de reprovável: os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante”. No tocante a igualdade e a desigualdade entre os homens, Bobbio (2001a, p. 120) estabelece que:

Os homens são considerados iguais se considerados como *genus* e confrontados com um *genus* diverso, como o dos animais e demais seres vivos, dos quais se diferenciam por algumas características específicas e particularmente relevantes, como a que por longa tradição permitiu definir o homem como animal *rationale*. São desiguais entre si se considerados *uti singuli*, isto é, tomados um por um. Entre os homens, tanto a igualdade quanto a desigualdade são fatualmente verdadeiras, pois são confirmadas por provas empíricas irrefutáveis. A aparente contrariedade das duas proposições – “os homens são iguais” e “os homens são desiguais” – depende unicamente do fato de que, ao observá-los, ao julgá-los e ao extrair disso conseqüências práticas, se enfatize mais o que têm em comum ou mais os distingue.

Na segunda fase tem-se o reconhecimento que dentro da diversidade pode haver relações desiguais, tais como superior e inferior, o que não se refere a uma discriminação de natureza negativa, pois entre as pessoas pode haver situações, contudo não extrai desse juízo que é seu dever escravizá-lo ou exterminá-lo. Bobbio cita como exemplo a superioridade dos pais em relação aos filhos, que se fundamenta em bases objetivas ao menos enquanto os filhos forem menores. Bobbio (2002, p. 108) explica que:

O juízo discriminante necessita de um juízo ulterior, desta vez não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado civilizado e outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais etc.) e o outro inferior (...). na discriminação racial, que é uma das discriminações mais odiosas, este intercâmbio entre juízo de fato e juízo de valor ocorre habitualmente.

Na terceira fase tem-se a impressão errônea de que os superiores podem explorar os inferiores, para que a discriminação libere seus aspectos negativos, não é suficiente que um grupo mediante juízo de valor, afirme ser superior a outro, conforme entende Bobbio (2002, p. 109): “Com base no juízo de que uma raça é superior e outra inferior, entende-se que a primeira deve comandar, dominar e viver, enquanto que a segunda deve ser subjugada, obedecer e morrer”. A discriminação, assim, estaria na terceira fase, quando os superiores se consideram no direito de esmagar o inferior.

É importante notar que Ricoeur trata também do termo intolerável. Para Ricoeur o intolerável se expressa de duas maneiras. A primeira refere-se ao objeto de nossa intolerância, ou seja, a violência de nossa convicção. No tocante à segunda maneira, Ricoeur (1995, p. 185) entende que para cada indivíduo e para cada comunidade há o intolerável. Cita como exemplo que não se tolera o racismo, o antisemitismo e o *apartheid*. Indaga qual é o critério do intolerável?

“Não pode haver senão um: é o que não merece respeito, se o respeito é a virtude da tolerância no plano cultural. O que não merece respeito, porque fundado precisamente sobre o irrespeitável, a saber, a recusa de presumir a liberdade de adesão na crença adversa” (RICOEUR, 1995, p. 185).

Ricoeur (1995, p. 185) diferencia o termo intolerável de duas formas. A primeira que corresponde a expressão de intolerância, ou seja, “da violência de nossas convicções, e o verdadeiro intolerável, que define o que não merece absolutamente nosso respeito porque exprime o irrespeitável”. Na segunda maneira o termo intolerável:

é identificável pelo consenso dos que nós respeitamos, precisamente porque são a nossos olhos guardiães do respeito mútuo, chamarei de adjeto, o que rejeitamos porque devemos rejeitar, portanto o que não se deve ser tolerado. Mas reconheço sem dificuldade que entre o intolerante e o intolerável verdadeiro a fronteira é móvel, se não por outra razão, pelo fato de que o próprio consenso conflitual do qual falava a pouco é o produto de uma longa história, o fruto de concessões mútuas sempre em curso, e, porque renasce sem cessar o perigo de que a guerra de cada um contra cada um termine em guerra de todos contra um só – o que define o princípio sacrificial do bode expiatório. Esse ponto de hesitação tem sua projeção no plano institucional: é a questão bem conhecida de saber se se devem tolerar os intolerantes. Questão que, para receber uma resposta justa, equitativa, exige a mobilização conjunta dos princípios formais de justiça, particularmente o segundo e, do princípio moral do respeito devido à convicção do outro (RICOEUR, 1995, p. 185-186).

5.3 A INFLUÊNCIA DE KANT NA TEORIA DA PAZ BOBBIANA

O título da obra de Kant é paradoxal: **A Paz Perpétua**, visto que duas propostas são apresentadas à humanidade. *A priori*, o fim de todas as guerras através de um acordo universal assinado por todas as nações, ou então, a paz eterna em um enorme cemitério da humanidade, depois de uma guerra de extermínio (KANT, 1989). No século XX, com a invenção das armas nucleares e das armas de destruição em massa, essa visão não parece ser utópica.

Na realidade, o caráter pessimista de **A Paz Perpétua** é reflexo da situação dramática enfrentada pelos povos da Europa em 1795, enfraquecidos pelas guerras entre as grandes nações do Velho Continente. Bobbio (2000, p. 254) explica que a guerra citada:

era a que recrudescia na Europa de maneira quase ininterrupta, após a Revolução Francesa. Mas já em 1795, uma vez elaborado o Tratado de Basiléia entre a Prússia e a França, Kant fizera ouvir a sua voz sobre o problema da paz internacional, que se tinha tornado tremendamente atual (estava-se de fato no início de um dos períodos mais trágicos das guerras européias), escrevendo, sob a forma curiosa de um tratado internacional, o ensaio Sobre a paz perpétua. Também Kant tinha se inspirado em Rousseau, que havia escrito em 1761 um *Estratto Del progetto di pace perpetua dell' abbate di Saint-Pierre* e em 1756 um ensaio (publicado porém somente após sua morte, em 1783), intitulado *Jugement sur la paix perpetuelle*. Kant irá retomar depois esse tema num capítulo da *Metafísica dos costumes*, intitulado “O direito dos povos”.

Para Bobbio, a teoria Kantiana da paz perpétua com base na obra **A Metafísica dos Costumes** (2008, p. 186-187), ocorre quatro tópicos principais:

“1. Estados, considerados na sua relação entre si, estão (como selvagens sem lei) por natureza numa condição não jurídica”. Bobbio (2000, p. 254) explica que: “os estados, nas suas relações externas, vivem ainda num estado não-jurídico (seria melhor dizer num estado jurídico provisório...)”

2. Esta condição não jurídica é uma condição de guerra (do direito do mais forte), mesmo que não seja uma condição de guerra real e ataques reais constantemente realizados (hostilidades). Embora nenhum Estado seja prejudicado por outro nessa condição (na medida em que nenhum dos dois deseja qualquer outra coisa melhor), ainda

assim esta condição é em si mesma de qualquer modo danosa no mais alto grau e Estados que são vizinhos estão obrigados a abandoná-la.

No que se refere ao segundo tópico Bobbio (2000, p. 254) observa que: “o estado de natureza é um estado de guerra e, portanto, um estado injusto (da mesma maneira como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos)”.

O modelo hobbesiano é a concepção de estado de natureza como estado de guerra permanente, “no qual os homens eram todos iguais no poder de infligir-se reciprocamente o maior dos males: a morte” (Bobbio, 2003, p. 71). O estado de natureza é “um estado de guerra uma vez que é um estado sem direito, no qual as leis positivas não existem ainda e as leis naturais existem, mas não são eficazes” (BOBBIO, 2000, p. 565).

O estado civil é o momento no qual os homens, por meio de um acordo de cada um com todos os outros, “instituem um sistema de leis válidas e eficazes com o objetivo de fazer com que cesse a guerra de todos contra todos, instaurando-se a paz” (BOBBIO, 2000, p. 565). Portanto, a instauração de um poder superior, pelo comum acordo dos membros da sociedade é a condição de coexistência entre si.

“3. Uma liga de nações de acordo com a idéia de um contrato social original é necessária, não para que haja intromissão mútua nos desentendimentos intestinos de cada nação, mas para proteção contra ataques externos”.

No tocante ao terceiro item Bobbio (2000, p. 255) entende que:

sendo esse estado injusto, os estados têm o dever de sair dele e fundar uma federação de estados, segundo a idéia de um contrato social originário, ou seja, “uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo”.

Quanto a transição à sociedade civil na teoria política de Hobbes, Bobbio entende que as possibilidades de transição, na esfera internacional, do regime jurídico da autotutela para o regime jurídico exclusivamente da heterotutela, ocorre pelo uso eficaz e regulamentado da força, através de um supra-Estado. O supra-Estado seria um Estado mundial que deteria as

condições de impor-se pela força, assim como o Estado moderno na sua esfera de atuação. Este fenômeno é tido como pacifismo do tipo institucional (BOBBIO, 2003, p. 101), pois ocorre através de um terceiro entre as partes, que seria mais forte que as partes, e não teria a violência como uma opção. Lafer (1982, p. 86-87) explica que o pacifismo institucional tem duas vertentes: o pacifismo jurídico e o pacifismo social.

O pacifismo jurídico identifica na multiplicidade de Estados soberanos, quaisquer que sejam as suas estruturas econômicas e sociais, a especificidade da competição no plano internacional e a causa da guerra. Por isso, busca eliminar a anarquia prevalecente na comunidade internacional através da paz pelo Direito, instrumentada por organizações internacionais que teriam um papel importante na construção consensual de um futuro Estado mundial.

O pacifismo social não se satisfaz com esta proposta contratualista, mais de natureza formal, de passagem do estado anárquico de natureza para a construção de um Estado mundial. Entende, na sua vertente marxista, que a guerra é essencialmente o produto da opressão interna de classes e da expansão externa do imperialismo. Por isso, advoga a tese da paz através da revolução social, que ao transformar as bases sociais do capitalismo, destruiria um certo tipo de Estado, o que levaria – no entender dos adeptos desta vertente –, por meio de um salto qualitativo, a novas formas de convivência, também no plano internacional, baseadas na liberdade e no interesse comum. Independentemente da aceitação ou da recusa da versão da ortodoxia marxista, cabe dizer que há, no pacifismo social, uma preocupação com o concreto da desigualdade em escala planetária, que merece ser realçada posto que, no mundo contemporâneo, esta dimensão da injustiça é um dos fatores da tensão difusa que permeia o sistema internacional.

Squella (2005, p. 222-223) observa que Bobbio emprega Hobbes para a consecução da paz a nível interno de cada Estado:

assim como os homens renunciaram num dado momento ao uso individual da força, atribuindo o monopólio do seu uso ao Estado, os atuais Estados devem agora dar um passo similar, isto é, devem fazer convergir seu poder em um órgão novo, distinto e supremo ao qual se atribua também o monopólio do uso da força nas relações entre Estados.

4. Esta aliança deve, entretanto, não envolver nenhuma autoridade soberana (como numa constituição civil), porém somente essa associação (federação); tem que ser uma aliança que possa ser dissolvida a qualquer momento e, assim, precisa ser renovada de tempos a tempos. Trata-se de um direito *in subsidium* de um outro direito original, a fim de evitar o envolvimento num estado de guerra real entre os outros membros (*foedus Amphictyonum*).

No que se refere ao quarto tópico Bobbio (2000, p. 255) explica que:

essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros estados, ou superestado, mas assume a figura de uma associação, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo.

Bobbio na obra **El Tercero Ausente** (1989) explica sobre as condições necessárias a fim de que a paz não tenha a guerra como alternativa, mediante um terceiro potente, mas não despótico, que esteja acima das partes do conflito e ao mesmo tempo com procedimentos que o legitimem democraticamente, para resolver os conflitos sem que para isto tenha como alternativa a violência.

Bobbio (2003, p. 144) entende a paz de duas maneiras distintas: a paz interna “estar em paz consigo mesmo”, e a paz externa como aquela que põe fim ao tipo particular de conflito que é a guerra: “esse é o sentido predominante, não só na linguagem literária, filosófica e jurídica, como também na linguagem comum, em que paz é usado geralmente como oposto de guerra, e não, genericamente, de conflito, e muito menos de violência”. Este é um conceito negativo de paz. Para Bobbio (2003, p. 144) a paz em sentido positivo significa “um estado positivo, previsto e regulado pelo direito internacional, um estado que vem a ser determinado em seguida a um acordo com o qual dois Estados cessam as hostilidades e regulam suas relações futuras”. Contudo, entre a paz e a guerra existe uma zona intermediária que pode ser uma trégua ou um armistício: “que não é guerra nem paz, ou não é mais guerra mas ainda não é paz” (BOBBIO, 2003, p. 144).

O estado de natureza é análogo, para Bobbio, com o equilíbrio do terror, ou melhor, o Estado de trégua em que os Estados não atacam um ao outro pelo alto potencial destrutivo de um sobre o outro. A guerra tornou-se improvável justamente pelo fato de ser ainda, apesar de sua terribilidade, material e moralmente possível.

Nesse contexto, Bobbio (2003, p. 68) explica que: “O que impediu os grandes Estados modernos de lançarem-se uns contra os outros nunca foi a força dos armamentos, mas o equilíbrio das respectivas forças, o hobbesiano temor recíproco”.

Bobbio ao referir-se ao pacifismo fundamenta sua teoria na filosofia de Hobbes, sobretudo, na relação entre o estado moderno e as condições para a paz perpétua. Bobbio

(2003, p. 156) entende como pacifismo: “toda teoria (e o movimento correspondente) que considera uma paz duradoura, ou, simplesmente para usar a expressão de Kant, perpétua e universal, como bem altamente desejável, tão desejável que qualquer esforço para atingi-la é considerado digno de ser perseguido”.

Dessa forma, Bobbio (2003, p. 16) apresenta a construção da paz no sentido kantiano, não como a forma da paz após a Segunda Guerra:

A paz foi, como se disse, a consequência do fim do equilíbrio, vale dizer, da produção de um desequilíbrio de forças tão grande a ponto de tornar supérfluo o uso efetivo da força ameaçada. Bastou a ameaça da força. A ruptura do equilíbrio em favor de uma das partes tornou inútil a intervenção externa do Terceiro acima das partes que representa o poder comum. Naturalmente, uma solução pacífica obtida com o fim de um equilíbrio, por intimidação, não pode dar lugar à “paz concordada”, ou consensual, mas corre o risco de levar a outro tipo bem conhecido de paz, que é predominante na história da humanidade, a ‘paz de império’, ou paz não consentida ou imposta, mantida por uma potência hegemônica, como foram a ‘pax romana’, a ‘pax do Sacro Império Romano’, a ‘pax britânica’(...).

Para se chegar a essa federação de estados, que deveria limitar-se a uma confederação, não chegando a ser um Estado federal, Kant na obra **A Paz Perpétua**, se fundamenta em seis artigos preliminares que estabelecem os requisitos necessários para que se extinga as principais razões de guerra entre os estados, e três artigos definitivos, nos quais se mostra os requisitos fundamentais para que se estabeleça uma paz duradoura. Nos artigos preliminares sobressaem medidas que tem a finalidade de evitar futuros litígios e não promover diretamente a paz. Saldanha e Andrade (2008, p. 61-62) explicam que:

Kant aponta outros pressupostos que evitariam o conflito, tal qual a crítica feita à concepção patrimonialista do Estado, onde dá ao Estado uma característica de pessoa moral (pessoa jurídica) que não pode ser objeto do direito internacional e sim, sujeito deste; critica também: a manutenção de exércitos permanentes, pois o Estado que se arma incita que outros Estados se armem tendo em vista a sua proteção individual, gerando um processo infinito; o crédito da guerra; o intervencionismo violento e a utilização de procedimentos de guerra desumanos e outras práticas inadmissíveis que tornariam a confiança recíproca impossível, tendo como base a idéia de que mesmo a situação extrema que a guerra impõe exige a observação de certas regras de direito, pois até mesmo a guerra deve “condizer com uma intenção pacífica geral”.

Os artigos preliminares assim se expressam:

“1. Não deve considerar-se como válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva de elementos para uma guerra futura”.

Bobbio (2000, p. 255-256) explica que:

Kant observa que a reserva de antigas pretensões pode ser válida no futuro, para ser usada com intenção malévola na primeira oportunidade favorável, faz parte da causística jesuítica e é indigna para Kant. Pode-se acrescentar que, para Kant, um tratado de paz não deve conter nem o pedido de ressarcimento das despesas de guerra, porque nesse caso o Estado vencedor se arvoraria em juiz em causa própria, nem retirar dos súditos do país conquistado a liberdade, pois esse é um direito natural dos indivíduos e dos povos.

A reserva de pretensões pode abrir espaço para novas guerras servindo o tratado somente para a suspensão temporária do estado de guerra, ou seja, haveria um lapso temporal entre as guerras com possibilidade de guerras futuras.

“2. Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação”.

No que se refere ao segundo artigo Kant combate a teoria do Estado patrimonial, que estabelece que o território do Estado, é tido como propriedade do príncipe, que pode dispor dele (segundo um ato entre vivos ou *mortis causa*), como um *dominus* dispõe da própria posse. Bobbio (2000, p. 256) observa que: “À concepção do Estado patrimonial Kant opõe que o Estado é uma pessoa moral, e de uma pessoa moral, por analogia com a pessoa física, não se pode dispor como se fosse uma coisa”.

Para Kant o Estado não deve ser adquirido por outro Estado por meio de herança, troca e doação, pois não é uma propriedade particular e, por conseguinte, não deve ser usado para fins econômicos de outros Estados.

“3. Os exércitos permanentes (*Miles perpetuus*) devem, com o tempo, desaparecer totalmente”.

O caminho da paz se relaciona com o problema do desarmamento. Para Bobbio (2000, p. 256), Kant é favorável à extinção de exércitos permanentes, por razões de ordem utilitária e moral.

Entre as primeiras deve ser considerada a despesa excessiva com sua manutenção, despesa que às vezes pode induzir o Estado à guerra agressiva somente para livrar-se do peso, que se tornou insuportável. A razão moral é que o soldado de um exército permanente acaba se tornando um mero instrumento de fins iníquos e, portanto, acaba sendo degradado na sua própria dignidade pessoal.

Os exércitos permanentes constituem um óbice para a paz, pois incentiva os Estados a se armarem cada vez mais numa incessante corrida armamentista. Entretanto, Kant não pretende deixar os Estados completamente desprotegidos. Salgado (2008, p. 142) explica que:

Aqui não se pode falar ainda em uma paz plena que dê tranqüilidade suficiente aos Estados para prescindirem de seus soldados. Não há, ainda, uma situação na qual as hostilidades tenham chegado ao fim. As agressões externas estão sempre presentes, mesmo que somente como possibilidade. Com isso, a exigência de extinção de exércitos permanentes deixaria os Estados vulneráveis. A solução, apontada por Kant, estaria nos exércitos periódicos formados por cidadãos dispostos a garantirem a sua segurança e a segurança do Estado.

“4. Não se devem emitir dívidas públicas em relação com os assuntos de política exterior”.

O quarto artigo se refere ao sistema de dívidas públicas, iniciado na Inglaterra por Guilherme III, que visa evitar “o perigo implícito no aumento indefinido da dívida pública, que leva o Estado a possuir uma perigosa força financeira, ameaça perpétua, direta ou indireta de guerra” (BOBBIO, 2000, p. 257). Isso porque a dívida externa faz com que alguns Estados venham a preponderar sobre outros.

“5. Nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado”.

O quinto artigo trata do princípio da não intervenção nos assuntos internos ou externos de outro Estado, exceto se isso for convencionado num tratado que os vincule.

Para Bobbio (2000, p. 257) na teoria de Kant existe um caso em que se admite o direito de intervenção, “e é aquele no qual um Estado foi dilacerado por uma guerra civil: mas, nesse caso, ele comenta, a situação que se criou foi de anarquia não é mais um Estado, pelo contrário, é a ausência de qualquer forma de Estado”. Dessa maneira, não deve ocorrer a intromissão de agentes externos na constituição e governo do Estado, exceto no caso de anarquia, quando o Estado interventor somente deve colaborar para o restabelecimento da ordem.

“6. Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futuramente como, por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (percussores), envenenadores (*venefici*), a ruptura de capitulação, a instigação à traição (*perduellio*), etc”.

Entre os atos não permitidos Kant observa o emprego de assassinos, envenenadores, espiões, ruptura de uma capitulação, instigação à traição, e apresenta razões utilitárias e morais. Bobbio (2000, p. 257-258) explica que:

Entre as primeiras lembra que essas artes “infernais”, introduzidas no estado de guerra, dificilmente poderão ser abolidas no estado de paz e acabam envenenando perpetuamente as relações entre os estados. Moralmente, tais atos são reprováveis porque, como é evidente no caso de espiões, a falta de sentido de honra de certas pessoas é explorada para fins públicos. Pode ser acrescentado que o uso de meios desonestos transformaria qualquer guerra em guerra de extermínio (*Bellum Internecinum*), que é uma forma ilícita de guerra. Kant considera ilícita a guerra de punição, porque a punição é possível somente a superior e um inferior, uma vez que todos os estados são iguais entre si; e a guerra de conquista, porque a liberdade de um povo tem como efeito o aniquilamento moral do Estado. A guerra justa é somente a que um Estado empreende para se defender de um inimigo injusto. E quem é o inimigo injusto? É aquele, responde Kant. “cuja vontade publicamente manifesta trai uma máxima que, se elevada à condição de regra universal, impossibilitaria qualquer estado de paz entre os povos e perpetuaria o estado de natureza”. Mas também a guerra justa torna-se injusta se são usados os meios desonestos aqui condenados.

Na segunda parte da obra Kant observa os artigos definitivos, conforme explica Salgado (2008, p. 144):

Os artigos definitivos, por outro lado, tratam de três principais passos que a humanidade deve dar para a concretização da paz perpétua. Segundo Kant, a enumeração destes passos tem como pressuposto a consideração de que todos podem se relacionar e se influenciar mutuamente, o que implica a participação de todos como

condição indispensável para a realização da paz. Os artigos definitivos se referem a três níveis diversos de organização: a estatal, a interestatal e a cosmopolita.

Por sua vez, os artigos definitivos são:

“1. A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana”.

Para Kant a melhor forma de governo é a republicana tanto no que se refere às relações entre o Estado e os cidadãos, quanto entre às relações entre os Estados. A forma republicana garante, melhor do que qualquer outra, internamente, a liberdade e, externamente, a paz: logo, é o principal requisito da coexistência pacífica na liberdade ou livre na paz, que constitui o ideal moral da espécie humana.

Kant (1970, p. 129-130) explica o motivo de a república ser condição de paz:

Se (como não pode ser de outro modo nesta constituição) se exige o consentimento dos cidadãos para decidir “se deve ou não haver guerra”, então, nada é mais natural do que deliberar muito em começarem um jogo tão maligno, pois têm de decidir para si próprios todos os sofrimentos da guerra (...).

Pelo contrário, numa constituição em que o súdito não é cidadão, que, por conseguinte, não é a coisa mais simples do mundo, porque o chefe do Estado não é um membro do Estado, mas seu proprietário (...), e pode, portanto, decidir a guerra como uma espécie de jogo por causas insignificantes e confiar indiferentemente a justificação da mesma por causa do decoro ao sempre pronto corpo diplomático.

Para Bobbio, esse entendimento Kantiano é comum a todo pacifismo democrático que obteve mais adeptos no próximo século com base que a causa principal das guerras é o arbítrio do príncipe e, por conseguinte, o problema da paz pode ser resolvido apenas com a transformação dos estados absolutos em estados com soberania popular. No tocante dessa idéia de paz mediante a mudança de regime político, Bobbio (2000, p. 259) explica que:

isso pode ser demonstrado em outro trecho, que não se encontra na **Paz Perpétua**, mas no ensaio que mantém sobre o progresso, e onde se afirma que uma sociedade civil organizada segundo uma constituição “em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, aqueles que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar”, ou seja, em conformidade com a constituição republicana, é aquela que “se qualifica como a melhor para os fins de afastar a guerra que tudo destrói (...).

Ainda, no que se refere a constituição republicana, no opúsculo **Idéia de Uma História Universal com um Propósito Cosmopolita** (1970, p. 33), Kant explica que:

Pode considerar-se a história humana no seu conjunto como a execução de um plano oculto da Natureza, a fim de levar a cabo uma constituição estatal interiormente perfeita e, com este fim, também perfeita externamente, como o único estado em que aquela pode desenvolver externamente, como o único estado em que aquela pode desenvolver integralmente todas as suas disposições na humanidade.

Kant identifica na história da humanidade a realização de um plano oculto da natureza para estabelecer uma constituição política perfeita internamente - e para este propósito também externamente - como sendo o único estado no qual todas as capacidades naturais da humanidade podem ser plenamente desenvolvidas.

Salgado (2008, p. 144) entende que:

Kant aponta o modo de governo republicano como ideal, único em conformidade plena com a idéia de contrato originário e capaz de garantir a liberdade de seus cidadãos. A liberdade é o fundamento e também o fim do Estado e encontra-se garantida na república. O Estado republicano tem cidadãos, não súditos, que se submetem à vontade do governante.

Em sentido contrário ao governo republicano o Estado despótico tem maior chance de provocar a guerra por ter a característica de dominar outras nações e, ainda, porque o déspota não pondera razoavelmente sobre o fato, pois são seus súditos que tomam os prejuízos da guerra. Salgado (2008, p. 145) explica que:

A atitude do déspota em favor da guerra é absolutamente reprovável e vai de encontro ao ponto central de toda a doutrina Kantiana: o reconhecimento da dignidade e o consequente tratamento de todos como fins e nunca como meios. O Estado despótico, ao empreender um feito desta monta sem ouvir seus súditos, toma-os como meros instrumentos para atender aos seus interesses.

Diante das freqüentes relações entre os Estados tem-se a possibilidade de surgirem conflitos. Assim, é importante criar uma Constituição

“2. O direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres”.

Na filosofia Kantiana a república é um requisito importante, mas não absoluto para a paz perpétua, pois as repúblicas devem por meio de uma constituição civil criar uma federação que assegure o direito de todos os membros:

Essa federação deve distinguir, por um lado, de um superestado que, como já dissemos, contradiz o princípio da igualdade dos estados, mas, por outro, de um puro

e simples tratado de paz, porque este se propõe a pôr fim a uma guerra, enquanto aquele se propõe a pôr termo a todas as guerras, e para sempre (BOBBIO, 2000, p. 261).

De fato, nenhum Estado ao adentrar a federação terá sua soberania reduzida, pois as relações estatais seriam reguladas em um Congresso que se imporia como autoridade diante dos dissidentes. Salgado (2008, p. 146) observa que: “Frente a esta liga, todos assumem o compromisso de não causar lesões mútuas, além de prestar auxílio de proteção dos demais membros contra agressões externas”.

Na obra **A Paz Perpétua**, Kant propôs um modelo de Federalismo Mundial, onde as coletividades estatais deveriam pactuar o término dos conflitos, em sentido análogo ao que faziam os indivíduos se unirem contratualmente para a constituição da sociedade civil. Saldanha e Andrade (2008, p. 81-82) explicam que:

Kant assemelha as relações entre Estados a relações dos homens no estado da natureza, onde não vigora a justiça pública, com escopo de sair dessa situação de guerra latente, o filósofo propõe uma solução semelhante ao contrato social: o estabelecimento de uma federação de nações. Contudo, a instituição de uma federação acaba por ser algo mais complicado, na medida em que um poder supremo de um Estado sobre os demais não garantirá a independência de cada um deles. Afinal, se houvesse tal poder supremo mundial, certamente haveria uma tirania universal, exercida pelo país mais forte, que dominaria completamente os demais. Assim, a associação, como proposta por Kant, pode dar fim a um estado de guerra, desde que seja uma associação de Estados livres, onde as particularidades e o poder de cada Estado fossem respeitados.

A federação proposta por Kant não se refere ao modelo federativo de um Estado nacional, e sim, um pacto federativo entre os diversos Estados nacionais mantêm sua soberania permanecendo associados pelo objetivo comum de manutenção da paz. O receio de Kant em relação à existência de governo mundial baseava-se no fato de que um Estado unitário mundial pudesse levar o despotismo para todos os povos. Para se evitar a anarquia e o despotismo, em prol da paz e da liberdade, conforme Bobbio (1992, p. 1) explica, é que Kant elaborou um projeto republicano e federalista de paz perpétua:

A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o

processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho necessário para a busca do ideal da ‘paz perpétua’, no sentido kantiano da expressão, ao pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

Nesse contexto, para a solução pacífica dos conflitos, Bobbio (1997, p. 161) defende: “a presença de um Terceiro acima das partes, em condições não apenas de julgar quem tem razão, mas também de fazer observar em última instância a própria decisão”.

“3. O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”.

O direito cosmopolita é apresentado neste artigo como a terceira condição positiva para a paz. Kant na obra **A Metafísica dos Costumes** (2008, p. 194) estabelece acerca do direito cosmopolita: “Esse direito, uma vez que tem a ver com a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas, pode ser chamado de direito cosmopolita (*jus cosmopolitanum*)”.

Na obra **A Paz Perpétua**, Kant (1970, p. 140) afirma que:

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a idéia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição.

O direito cosmopolita ultrapassa as comunidades nacionais, pois suas normas têm alcance internacional. Em qualquer lugar da terra reage-se de forma idêntica à violação do direito cosmopolita, sendo este direito um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito civil, como do direito das gentes, em vista do direito público dos homens em geral. Salgado (2008, p. 17) observa que: “O elo entre os povos se faz necessariamente e é sobremaneira forte de modo que o mal sentido por um deles, em qualquer lugar, afeta todos os demais”.

Este artigo traz uma dificuldade de interpretação, uma vez que existem duas correntes que tratam da hospitalidade universal. A primeira entende que se trata de um direito de visita que todo estrangeiro deveria ter; enquanto que a segunda defende que há uma restrição ao direito de visita em virtude de reafirmar a soberania estatal assegurando-lhe o controle no tocante à ocupação estrangeira. Por sua vez, Bobbio (2000, p. 261) salienta que a máxima fundamental do direito cosmopolita Kantiano:

é que um estrangeiro que vai para o território de um outro Estado não deve ser tratado com hostilidade até o momento em que cometa atos hostis contra o Estado que está hospedado. Kant justifica essa máxima com o direito que cabe a todos os homens entrar em sociedade com os seus semelhantes, em virtude da posse comum originária de toda a superfície da Terra.

Para Kant, a paz perpétua somente poderá ser atingida na medida em que o direito cosmopolita seja respeitado pelos povos. Nour (2004, p. 56) entende que o “direito de visita” como: “o direito do cidadão da terra de tentar a comunidade com todos e, para esse fim visitar todos os lugares da terra, bem como o “direito à hospitalidade”, ou seja, o direito de, nessa tentativa de se relacionar com o outro, não ser tratado pelo estrangeiro como inimigo”.

O conceito de direito cosmopolita, no pensamento kantiano, se desenvolve a partir de uma comunidade geral, pacífica, de todos os povos da terra, conforme Bobbio (1992, p. 138) explica:

Nessa relação de reciprocidade entre o direito de visita do cidadão estrangeiro e o dever de hospitalidade do Estado visitado, Kant tinha originariamente prefigurado o direito de todo homem a ser cidadão não só de seu próprio Estado, mas do mundo inteiro; além disso, havia representado toda a Terra como uma potencial cidade do mundo, precisamente uma cosmópolis.

Para Bobbio, o direito cosmopolita mediante a evolução histórica e a razão, normatizaria sob fundamentos éticos, ou seja, as normas seriam consideradas como uma forma de direito moral, pois não se identificaria com normas positivadas, pois se imporiam pela força da sua própria racionalidade por se constituírem numa categoria

universal serviria para a determinação de valores livremente aceitos por todos os homens, independentemente de cultura, etnia ou religião, encontrando-se na filosofia Kantiana uma fundamentação moral dos direitos do homem.

Bobbio (2000, p. 262) salienta que Kant acrescentou na segunda edição do ensaio (1796) um artigo secreto: “As máximas dos filósofos sobre as condições que possibilitam a paz pública devem ser tomadas em consideração pelos estados armados para a guerra”.

Bobbio (2000, p. 263) explica:

Que os estados se empenhem em ouvir as máximas dos filósofos demonstra que, para Kant, a razão humana, da qual os filósofos são a mais alta expressão, está acima da potência do Estado, e não pode ser por ele nem apagada nem limitada. Mas significa dizer uma outra coisa: que os filósofos (nós diríamos hoje, de maneira mais geral, os homens de cultura, os intelectuais) têm algo a dizer aos poderosos, que detêm nas mãos os destinos dos homens. Não são visionários fora do tempo, nem áridos repetidores de coisas mortas; mas estão, devem estar, perto dos poderosos para adestrá-los. Felizes os Estados onde a cultura é livre (ou seja, não dominada), é respeitada (ou seja, não usada para fins baixos de propaganda). Kant não tem ilusão alguma de que os políticos se tornem filósofos, nem tem a pretensão (este sim, seria um sonho de visionários) de que os filósofos criem políticos. Pede, por um lado, que os políticos formem os políticos e deixem aos filósofos a liberdade de formar os filósofos. Pede, por outro lado, aos filósofos não se fecharem na torre de marfim, mas dirigirem-se aos políticos com os seus ensinamentos derivados de uma crítica desapaixonada da razão.

Desse modo, Kant entende que os políticos para conduzir os assuntos estatais devem seguir as máximas dos filósofos e submeter suas políticas aos princípios do direito.

Diante da reflexão sobre o opúsculo Sobre **a Paz Perpétua**, se pode destacar que a precariedade do direito internacional somente pode ser superada mediante a organização dos Estados, tanto no âmbito regional quanto mundial, isto é, a paz, eticamente necessária, está vinculada a organização dos Estados em uma Federação.

Por fim, a paz perpétua somente será alcançada no mundo por meio da pluralidade e da tolerância obtidas pela composição federalista e pelo desenvolvimento e expansão do regime democrático e do Estado de Direito em todo o mundo.

5.4 O Direito à Paz, Direito da Quinta Geração: Sua Trasladação da Terceira Para a Quinta Geração de Direitos do Homem

Bobbio, na obra **A Era dos Direitos**, chega a examinar os direitos do homem somente até a quarta geração. Entretanto, Bobbio dedica muito de seus escritos a questão da Paz, conforme o entendimento de Squella (2005, p. 219):

Tão fundamental como o problema dos direitos humanos e sua efetiva realização é para Bobbio o tema da paz. Ele não duvidaria em responder que são os problemas fundamentais de nosso tempo e, também, que se trata de problemas que se encontram estritamente vinculados. São fundamentais – escreve – no sentido de que “nossa própria sobrevivência depende da solução do problema da paz”, enquanto que “o autêntico progresso civil depende da solução do problema dos direitos humanos”, e são problemas vinculados, e ainda, interdependentes, “porque um carece de sentido sem o outro”.

Assim, devido à importância da paz na filosofia de Bobbio, entende-se, em conformidade com Bonavides, que a paz é a legítima representante da quinta geração de direitos do homem.

Embora Karel Vasak, o autor da Teoria das Gerações dos Direitos do Homem, colocasse a paz no rol dos direitos de terceira geração, o fez de modo incompleto e teoricamente lacunoso. Bonavides (2008, p. 579) reflete que:

Não desenvolveu as razões que a elevam à categoria de norma. Sobretudo aquelas que lhe conferem relevância pela necessidade de caracterizar e encabeçar e polarizar toda uma nova geração de direitos fundamentais, como era mister fazer, e ele não o fez. O direito à paz caiu em um esquecimento injusto por obra, talvez, da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre os direitos da terceira geração. Todavia, pelo oportunismo histórico e por sua originalidade criativa e inovadora, o memorável artigo em prol de uma terceira geração de direitos do homem teve ressonância universal.

Karel Vasak na aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, observa a necessidade da paz como norma jurídica, sobretudo, mediante a análise de dois documentos históricos:

1 - a Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, presente na Resolução 33/1973, aprovada na 85ª Assembléia Geral de 15.12.1978, que estabelece: “toda nação e todo ser humano, independentemente de raça, convicções ou sexo,

tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a Humanidade”

2 - A proclamação da OPANAL/Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina determina a paz como direito do homem, conforme a Resolução 128 (VI), de 27.4.1979. A resolução aprovada pela OPANAL durante a Conferência-Geral que aconteceu no Equador, compartilha o critério adotado na Resolução 33/1973 da Assembléia-Geral da ONU, de 18.18.1978, que determina que todas as pessoas, os Estados e a Humanidade têm o direito a viver em paz. No mesmo sentido, tem-se a Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39, da ONU, de 12.11.1984, que determina: “como expressão da vontade dos Estados que firmaram o Tratado de Trateloico de reconhecer, afirmar e garantir o direito à paz de seus países e de todas as pessoas que habitam em seus territórios”. Por fim, a Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução da ONU nº 39, de 12.11.1984, estabelece que: “os povos de nosso Planeta têm o direito sagrado à paz” e acrescenta que: “proteger o direito dos povos à paz e fomentar sua realização é obrigação fundamental de todo Estado”.

A priori, Karel Vasak, classificou o direito à paz, entre os direitos de fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento, o mais característicos, assim, para representar os direitos de terceira geração. Com o objetivo de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz vem ganhando relevância, fazendo *juz* encabeçar uma geração de direitos do homem. Assim, Bonavides (2008, p. 583) explica que:

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.

Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 51) entende que:

Considerações similares dizem respeito ao direito à paz, que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz

um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte que a resgatar sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma

Dessa maneira no 9º Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional que contou com a participação de 2.000 pessoas do Brasil e de outros países, a paz foi consagrada como direito fundamental de quinta geração, tirando-o da obscuridade de quando se encontrava esquecido na terceira geração. Cria-se um novo direito que objetiva garantir a sobrevivência do homem na idade dos artefatos nucleares e da explosão tecnológica.

Bobbio na obra **Teoria Geral da Política** (2000-b, p. 497), considera que a paz e os direitos do homem estão diretamente ligados e cita três documentos importantes. A Carta das Nações Unidas (1945) que tem como finalidade evitar guerras futuras “que por duas vezes no curso dessa geração trouxe inenarráveis aflições à humanidade” e reafirma a importância dos direitos do homem, da dignidade do ser humano, da igualdade jurídica entre os homens e as pequenas nações. Bobbio (2000-b, p. 498) explica que o primeiro documento:

associa cronologicamente o fim da Segunda Guerra Mundial à nova fase do desenvolvimento da comunidade internacional que deve ter início com o fortalecimento da proteção dos direitos do homem, quase dando a entender que a causa ou ao menos uma das causas do “flagelo” das duas guerras mundiais foi o desprezo pelos direitos do homem.

A Declaração dos Direitos do Homem (1948) considera que: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos, iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (BOBBIO, 2000B, p. 497). A Declaração salienta a necessidade de os direitos do homem serem assegurados por normas jurídicas com a finalidade de evitar o aparecimento do direito de desobediência civil e de resistência. Bobbio (2000-b, p. 498) observa que o segundo documento: “afirma nada menos que o reconhecimento dos direitos do homem é uma condição para a manutenção da paz”.

A Conferência de Helsinque (1975), que trata acerca da segurança e cooperação na Europa, observa a necessidade de trinta e três Estados da Europa e os Estados Unidos e o Canadá, melhorarem suas relações recíprocas a fim de que haja condições para uma paz verdadeira e duradoura. Bobbio (2000b, p. 498) salienta que o terceiro documento: “considera o respeito recíproco dos direitos do homem um dos princípios que devem guiar os Estados na sua política de distensão e de paz”.

A reflexão de Bobbio a favor do vínculo entre a paz e a efetiva proteção dos direitos do homem se refere ao direito a vida e a liberdade – ambos incompatíveis com o estado da guerra, e, sobretudo, ao que Bobbio denomina “o direito de ter o mínimo indispensável para viver” (SQUELLA, 2005, p. 219).

Por fim, Sarlet (2009, p. 51-52) entende que está em desenvolvimento:

uma tendência de o direito à paz (entre nós consagrado como princípio fundamental no artigo 4º, inciso VI, da Constituição de 1988), ainda que de modo isolado e carente de um desenvolvimento por parte da doutrina, ser invocado na esfera das relações internacionais, mas também em decisões de tribunais nacionais, como foi o caso, recentemente, da Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica. Para além da qualificação jurídico-dogmática da paz como direito fundamental na ordem constitucional, aspecto que merece maior desenvolvimento, o que importa – e quanto a este ponto, absolutamente precisa e oportuna a sua revalorização – é a percepção de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral.

CONCLUSÃO

À filosofia dos direitos do homem encontram-se diversas nomenclaturas de como estes são designados pelas diversas escolas: direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Para se compreender os direitos do homem é necessário, *a priori*, examinar a terminologia relacionada para depois se buscar uma definição. Assim, se deve diferenciá-las, ainda que de forma didática. Direito do homem refere-se aos direitos naturais ainda não positivados, serve para demarcar de maneira precisa a fase que, não obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno (Constituições dos países) e internacional (Tratados e Convenções Internacionais). Direitos humanos são aqueles positivados na esfera do direito internacional, em tratados e convenções internacionais e direitos fundamentais são aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Entretanto, Bobbio não faz distinção entre Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, preferindo utilizar a expressão Direitos do Homem, conforme se verifica o uso constante deste termo na obra **A Era dos Direitos**. Por este motivo, na presente tese privilegiou-se o uso do termo Direitos do Homem.

A filosofia de Bobbio mostra que os direitos do homem não podem ser fundados, em idéias absolutas. A maior preocupação de Bobbio relaciona-se em dar eficácia à proteção de todos os direitos existentes, independentemente de qual for o fundamento utilizado. Para Bobbio não é viável procurar um fundamento absoluto aos direitos do homem devido à evolução histórica da sociedade, ou seja, o tempo e o espaço são elementos que mostram que um direito pode ser relevante em um determinado lugar e em outro não.

No direito antigo se encontram características dos direitos do homem que por serem tidos como inerentes à natureza do homem, são denominados de direitos naturais; e, são

considerados universais por pertencerem ao homem, independentemente de sua positivação, como por exemplo, direito à vida, à liberdade, à propriedade. Entretanto, para Bobbio os direitos do homem nascem no início da era moderna, pois é com a origem do Estado de Direito que os súditos se transformam em cidadão (Era dos Direitos), já que no Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos, por conseguinte, tem-se o aparecimento dos direitos do homem como direitos naturais nos séculos XVII e XVIII.

A Revolução Francesa foi o marco inicial da Era dos Direitos, pois uma de suas conseqüências foi a transformação dos súditos em cidadãos tornando possível a eles, interferirem na vida política por meio das eleições podendo concorrer ou eleger seus representantes. Assim, para Bobbio, os direitos do homem surgiram no início da Era Moderna, pois, anteriormente, não havia direitos e sim deveres. Antes da Revolução o que havia era apenas uma Era dos Deveres.

Bobbio trouxe grande contribuição ao criar a clássica divisão dos direitos do homem em “fases”. Na filosofia de Bobbio, nota-se que a cada fase os direitos do homem foram se aperfeiçoando e se ampliando cada vez mais. As fases representam a conversão dos direitos do homem, inicialmente naturais em positivos (o processo de positivação dos direitos do homem). A proclamação dos direitos do homem ocorre na medida em que a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou dos costumes. Inicialmente os direitos do homem se fundamentaram na natureza, como inerentes à própria natureza do homem, são direitos naturais e universais que pertencem ao homem, independentemente do Estado.

Com a modernidade, os homens passam a ter direitos por força da natureza, pois segundo o jusnaturalismo o homem é possuidor de direitos naturais que, posteriormente, são positivados nas Declarações de Direitos do Homem, porém particulares a cada Estado que os reconhece, quando firmados nas Constituições de cada Estado; e, finalmente, sendo positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tornam-se direitos positivos

universais. A positivação dos direitos do homem passa a assegurar uma dimensão permanente e absoluta contra o poder do Estado, mas de acordo com os mais variados contextos históricos vão surgindo novos direitos.

Assim, os direitos do homem passaram por quatro fases: a primeira fase - Direitos Natos Universais é quando o direito natural não estava positivado; a segunda fase - Direitos Positivos Particulares (Constitucionalismo) é o processo de positivação ou o momento em que o Estado reconhece parte dos direitos naturais (positivação particular); a terceira fase Direitos Positivos Universais (Direito Internacional dos Direitos Humanos) é a ampliação do reconhecimento dos direitos naturais ou a positivação por meio dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (positivação universal). Os direitos passaram a ser visualizados positivamente no plano internacional. Além das três fases referentes ao processo de conversão do direito natural em direito positivo, manifestou-se nestes últimos anos uma nova tendência denominada por Bobbio de Fase de Especificação que ocorre de três maneiras, a primeira se refere ao gênero, a segunda às várias fases da vida, e a terceira à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana.

De modo complementar, as fases anteriormente elencadas, tem-se as gerações de direitos do homem oriundas de seu desenvolvimento histórico. Embora muitos doutrinadores tenham preferência pelo termo “dimensões” e não “gerações”, para qualificar os vários graus da estirpe dos direitos do homem, nesta tese, em conformidade com a filosofia de Bobbio, se adotou a teoria geracional dos direitos do homem, pois o estudo dos direitos do homem ocorre pela análise cronológica de como eles passaram a integrar os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados, isto é, como acontece a positivação dos direitos do homem, à priori naturais universais, em direito positivo (fases dos direitos do homem), à medida em que foram sendo reconhecidos como essenciais a uma sociedade democrática. Por sua vez, a palavra “dimensão” pode de modo errado sugerir a sobrelevação de uma linhagem de direitos sobre

outra, portanto, razão pela qual não foi utilizada.

A teoria geracional demonstra de que maneira os direitos do homem foram conquistados, relacionando-os com seus respectivos momentos históricos, sendo, assim, uma excelente forma didática para facilitar o estudo dos direitos do homem, tanto na ordem jurídica internacional, quanto na ordem interna dos Estados.

Dessa maneira, é importante salientar que uma geração de direitos do homem não suplanta a anterior, já que todas as gerações convivem e assim se garante a concorrência dos diversos direitos do homem. Essa confluência de ideais divergentes impõe a relativização dos direitos, o que revela seu caráter não absoluto.

Partindo da formulação de Vasak que criou e fundamentou a teoria geracional de direitos do homem nos três ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade; os direitos de primeira geração referem-se a liberdade; os de segunda geração referem-se a igualdade e os de terceira geração referem-se a fraternidade.

Por sua vez, com base na teoria de Vasak, a filosofia dos direitos do homem de Bobbio, desenvolve-se em quatro gerações: 1ª Geração – Os Direitos Individuais: pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; mediante as conquistas da Revolução Francesa os súditos se transformam em cidadãos (Era dos Direitos). 2ª Geração – Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto como inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta, sobressaindo, a classe trabalhadora, e os direitos a ela inerentes (século XIX); 3ª Geração - os Direitos dos Povos ou os Direitos de Solidariedade: a partir do século XX, tem-se, os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos que abrangem a preservação do meio ambiente, consumidor, dentre outros; 4ª Geração: Os Direitos de Manipulação Genética: relacionam-se à biotecnologia e à bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma

reflexão ética prévia. Embora Bobbio não tenha escrito sobre a questão da paz como elemento da 5ª Geração, na tese também se refletiu sobre esse tema.

As gerações de direitos são proporcionais aos avanços tecnológico e moral das sociedades. É por esta razão que as grandes Revoluções históricas representaram um fenômeno importante na consideração desses direitos. No entanto, a sociedade, em constante transformação, vem reconhecendo, a cada dia novos direitos. Dessa forma, essa classificação aduzida por Bobbio estaria sempre em expansão.

Para Bobbio (2000-b, p. 497) os problemas mais importantes do nosso tempo referem-se aos direitos do homem e a paz. Assim, indaga-se, de que maneira os direitos do homem podem contribuir para a paz? Bobbio explica que a razão, o diálogo e a moderação são elementos específicos e válidos da cultura e da condição humana para refletir e minimizar o desrespeito e a violação dos direitos do homem na sociedade contemporânea.

Destaca-se na obra de Bobbio a questão da paz como uma contribuição para o mundo contemporâneo em conflito. É importante observar, que embora Bobbio não faça menção em suas obras, da paz como quinta geração de direitos do homem, os direitos do homem e a paz são temas muito estudados por Bobbio. Devido à importância da Paz na filosofia de Bobbio, entende-se, em conformidade com Bonavides, que a Paz é a legítima representante da quinta geração de direitos do homem.

Os direitos do homem implicam a existência de uma ordem jurídica garantida pelos Estados. Tais direitos, portanto, não têm amplitude universal, uma vez que os Estados autoritários não incorporam os direitos do homem às suas Constituições e/ou não aderem as Convenções, não sendo, assim, obrigados aos seus efeitos jurídicos.

Os direitos do homem para se tornarem efetivos e para que o Estado seja obrigado a cumpri-los, necessitam, que sejam garantidos por dispositivos constitucionais e que as Convenções Internacionais sejam ratificadas.

Para Bobbio a paz pode ser construída com a colaboração da razão, mediante o nexo entre a paz e os direitos do homem que instauram a perspectiva dos governados e da cidadania como princípio do governo democrático mediante a promoção e garantia dos direitos do homem.

É importante notar que os direitos não surgem de uma hora para outra, e verifica-se que mesmo depois de conquistados é difícil de protegê-los, mas ainda sim, buscam-se meios para proteger os direitos do homem, os quais terão maior eficácia quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos direitos do homem, devendo haver um consenso mutuo de tolerância erradicando sempre o preconceito e a discriminação.

Diante da reflexão sobre o opúsculo Sobre **a Paz Perpétua**, se pode destacar que a precariedade do direito internacional somente pode ser superada mediante a organização dos Estados, tanto no âmbito regional quanto mundial, isto é, a paz, eticamente necessária, está vinculada a organização dos Estados em uma Federação. A paz perpétua somente será alcançada no mundo por meio da pluralidade e da tolerância obtidas pela composição federalista e pelo desenvolvimento e expansão do regime democrático e do Estado de Direito em todo o mundo.

Por fim, para Bobbio, somente se terá paz quando se mais se considerar a guerra como uma alternativa, apenas quando existirem cidadãos não mais deste ou daquele Estado, mas sim, cidadãos do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; tradução da primeira edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA; G.E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus Contra os Pagãos**; tradução de Oscar Paes Leme. 3. ed. São Paulo: Vozes, 1999, parte II.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e Não-Violência**. São Paulo: Atlas, 2001.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz e BARROS, Vinícius Soares de Campos (organizadores). **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALTAVILA, Jaime. **Origem do Direito dos Povos**. 8.^a ed. São Paulo: Ícone, 2000.
- ALVES, Marcelo. **Antígona e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ANNONI, Danielle. **Perspectiva Histórica dos Direitos Humanos e os Novos Direitos** in: **Novos Direitos: Conquistas e Desafios**. Curitiba: Juruá, 2008.
- AQUINO, Tomás de. **Summa Teológica - .** São Paulo: Loyola, 2005, vol. IV.
- ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos – do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**; tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- _____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**; tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. **O que é Política?** – organização de Ursula Ludz; prefácio de Kurt Sontheimer; tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **Sobre a Violência;** Prefácio de Celso Lafer; tradução e ensaio crítico de André Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco;** tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

_____. **Retórica;** tradução de César I. Rodríguez Mondino. Buenos Aires: Gradifco, 2004.

ASTOR, Gerald. **Mengele: o último nazista;** tradução Sandra Marta Dolinsky. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

ATAÍDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. **Os Direitos Humanos e a Questão Agrária no Brasil: A Situação do Sudeste do Pará.** Brasília: UNB, 2006.

AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: UNISINOS, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos;** tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A Era dos Direitos**; tradução de Regina Lyra; apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A Teoria das Formas de Governo**; tradução de Sérgio Bath. 10. Ed. Brasília : UNB, 2001.

_____. **De Senectute e altri scritti autobiografici**; Nota ai testi e nota biografica a cura di Pietro Polito. Torino: Einaudi, 1996.

_____. **Diário de Um Século: Autobiografia**; tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

_____. **Direita e Esquerda**: razões e significados de uma distinção política; tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed rev. e ampl. São Paulo: Unesp, 2001a.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**; tradução de Alfredo Fait. 3. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **El Tercero Ausente**. Madrid: Cátedra, 1989.

_____. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

_____. **Estado, Governo e Sociedade**; para uma teoria geral da política; tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico**. 3. ed. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

_____. **Liberalismo e Democracia**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Locke e o Direito Natural**; tradução de Sérgio Bath; tradução das expressões latinas Janete Melasso Garcia; revisão técnica Dourimar Nunes de Moura. 2.ed. Brasília : UNB, 1997.

_____. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo; tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002a.

_____. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **O Problema da Guerra e as Vias da Paz**; tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003.

_____. **O Tempo da Memória**; tradução de Daniela Versiani; prefácio de Celso Lafer. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. **Os Intelectuais e o Poder em Crise: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1997b.

_____. **Saggi sulla scienza política in Italia**. 2. ed. Roma: Laterza, 2005.

_____. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Claudia Perrone-Moisés. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

_____. **Thomas Hobbes**; tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto et. al. **O Marxismo e o Estado**; traduzido por Federica L. Boccardo e Renée Levie. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

BOBBIO, Norberto, MATTECCCI, Nicola, PASQUALINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** – tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini; coordenação da tradução de João Ferreira; revisão

geral de João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 5. ed. Brasília: UNB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, v 1 e 2.

BOBBIO, Norberto & BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOUCHET-SAULNIER. **Dicionário Prático do Direito Humanitário**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BURKE, Edmund. **Reflexões Sobre a Revolução em França**; tradução de Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. 2. ed. Brasília: Unb, 1997.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e Seus Limites: Um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: Unesp, 2003.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **Holocausto: crime contra a humanidade**. São Paulo: Ática, 2007.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente Como Patrimônio da Humanidade: Princípios Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTAGLIONI, Carmelo Augusto e CASTAGLIONI, Fabrizio Augusto. **Introducción AL Estudio Del Derecho**. Asunción: Intercontinental, 2008.

CÍCERO, Marco Túlio. **Tratado das Leis**; introdução, tradução e notas de Marino Kury. Caxias do Sul: EDUCS, 2004.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**; tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. **Biossegurança & Patrimônio Genético**. Curitiba: Juruá, 2008.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Unijui, 2008.

_____. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto – combatente sem pátria**. Campinas: Millennium, 2008a.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivim, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia del Derecho**. 9. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1991.

_____. **História da Filosofia do Direito**; tradução e notas de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

DINALLI, A., Ferreira, Luiz Antonio Cruz e Teotônio, Paulo José Freire. (orgs.). **Constituição e Construção da Cidadania**. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Aspectos Jurídicos da Clonagem Reprodutiva de Seres Humanos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

DOUGLAS, Willian O. **Uma Carta Viva de Direitos**; tradução de Wilson Rocha. São Paulo: Ibrasa, 1963.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**; tradução de Mariluce Pessoa. São Paulo: Jorge Zahar, 2004.

DUARTE, Mónica Soledad. **Conceptos Básicos de Derechos Humanos**. Asunción: Bi.Ju.Pa, 1998.

DUTRA, Delamar José Volpato. Habermas: Do Paradigma do Trabalho ao Paradigma da Linguagem in: **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008.

EDMUNDSON, William A. **Uma Introdução aos Direitos**; tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**; Prólogo à edição brasileira de José Paulo Netto; tradução de Rosa Camargo Artigas e Reginaldo Forti. São Paulo: Global, 1985.

ESTÉFANI, Rafael Junquera de. **Reproducción Asistida. Filosofía Ética y Filosofía Jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998.

FACCIOLLA, Branca Lescher. **A Lei de Moisés – Torá como fonte de Direito**. São Paulo: RCS, 2005.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais: A Bioconstituição Como Paradigma do Biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCISCO, Maria Fátima Simões. Jean-Jacques Rousseau – O Ápice do Republicanismo in: **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade**. São Paulo: RT, 2004.

GEILZA, Fátima Cavalcanti Diniz. **Aspectos Jurídicos da Clonagem Reprodutiva de Seres Humanos**. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2008.

GARCIA, Eugênio Vargas. **O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926)**. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

GOLDENSOHN, Leon. **As Entrevistas de Nuremberg: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas**; organização e introdução Robert Gellately; tradução Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GONZAGA, Tomás Antonio. **Tratado de Direito Natural**; organização e apresentação de Keila Grinbert. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GORE, Albert. **Uma Verdade Inconveniente – O que devemos saber sobre o aquecimento global** – tradução de Isa Mara Lando. Barueri: Manole, 2006.

GRINBERG, Keila in: organização e apresentação do Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz (De jure Belli ac Pacis)**; Introdução de Antônio Manuel Hespanha; tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: UNIJUI, 2005, vols. 1 e 2.

GUERRA, Saldivar. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**; tradução de Rosina D' Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HITCHENS, Christopher. **Os Direitos do Homem de Thomas Paine**; tradução Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

HITLER, Adolf. **Minha Luta**. São Paulo: Moraes, 1983.

HUIDORO, J. G. (2003). A protecção das pessoas. In: Cunha, P. F. (org.). **Direitos humanos: teorias e práticas**. Cap. III. Coimbra: Almedina, p.117-124.

ISHAY, Micheline R. (org). **Direitos Humanos: Uma Ontologia**; tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: EDUSP, 2006.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**; tradução de Agnes Cretella e José Cretella Júnior. São Paulo: RT, 2000.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: edições 70.

_____. **La Paz Perpetua**; presentación Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. **A Metafísica dos Costumes**; tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. Sobre **La Paz Perpetua**; presentación de Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2008.

KARNAL, Leandro. Estados Unidos, Liberdade e Cidadania. In: **História da Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

KELLY, Linda. **Las Mujeres De La Revolución Francesa**. Buenos Aires: Vergara, 2004.

KING, Martin Luther. **Eu Tenho um Sonho**, in: Clásicos de Siempre – Thoreau, Gandhi y outros; selección, traducción y prólogo Miguel Grinberg. Buenos Aires: Longseller, 2005.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) in História da Paz.** São Paulo: Contexto, 2008.

_____. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Paradoxos e Possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num sistema internacional em transformação.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

LAGO, Antônio e PÁDUA, José Augusto de. **O Que É Ecologia.** São Paulo: Brasiliense, 2006.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los Derechos Humanos Y Su Defensa Anta La Justicia.** Bogotá: Temis, 1995.

LEMINSKI, Cristina. **Tiradentes e a Conspiração de Minas Gerais.** São Paulo: Scipione, 1994.

LESSA, Luiz Carlos. **Dicionário de Doutrina Social da Igreja: Doutrina Social da Igreja de A a Z.** São Paulo: LTR, 2004.

LOCKE, John. **La Ley de la Naturaleza;** estudio preliminar y traducción de Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil;** introdução J.W. Gough; resumo do Primeiro Tratado de B. Gilson, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **Los Derechos Fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2007.

- MAGALHÃES, Fernando. *Hobbes Contra a Guerra: Os Fundamentos Éticos de uma Filosofia da Paz e sua Atualidade* in: **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos; sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARCON, Danieli Cristina e KLOCK, Andréa Bulgakov. *Direito Ambiental como Direito Coletivo Fundamental*, in: **Direitos Humanos – Os 60 Anos da Declaração Universal da ONU**. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba e GARCIA, Eusebio Fernandez (Dirección). **Historia De Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 1998, vol. 1.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARX, Karl. **Para A Questão Judaica**; tradução de José Barata-Moura. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- _____. **A Sagrada Família**; tradução de Sérgio José Schirato. São Paulo: Novaes, 1987.
- _____. **O Capital – Crítica da Economia Política Livro 1 – O Processo de Produção do Capital – volume II**; tradução de Reginaldo Sant’ Anna. Rio de Janeiro: Bertrand, 1988.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2008.
- MATTÉI, Jean-François. **A Barbárie Interior: Ensaio Sobre o I-Mundo Moderno**; tradução de Isabel Maria Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Coletânea de Direito Internacional**. São Paulo: RT, 2006.

- MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Contexto, 2006.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**; tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2000.
- MORE, Thomas. **A Utopia**; tradução e notas Luís de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- MOURA, Adriana Galvão de. A Dignidade da Pessoa Humana Como Fundamento da Cidadania. In: Construção da Cidadania. Leme: J.H. Mizuno, 2005.
- MULLER, Jean-Marie. **O Princípio da Não-Violência**; tradução Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Locke: Dos Fins da Sociedade Civil in: **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional: Direitos Humanos**. São Paulo: RT, 2009.
- ORTIZ, Ligia Galvis. **Comprensión de los Derechos Humanos**. Bogotá: Aurora, 2005.
- PAINE, Thomas. **Direitos do Homem**; tradução e textos adicionais Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.
- _____. Senso Comum; tradução Pedro Paulo Martinez. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- PLATÃO. **Apologia de Sócrates, Xenofonte, Ditos e Feitos Memoráveis de Sócrates**; tradução de Enrico Corvisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- PAUPÉRIO, Artur Machado. **Teoria Democrática de Resistência**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, vol. 3.
- PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PERINE, Marcelo. **Eric Weil e a Compreensão do Nosso Tempo – Ética, Política, Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. **Filosofia e Violência: sentido e intenção da filosofia de Éric Weil**. São Paulo: Loyola, 1987.
- PINSKY, Jaime e BASSANEZZI, Carla. (orgs.). **História da Cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.
- PRUJEL, María Elodia Almirón. **Constitución y Derechos Humanos**. Asunción: Intercontinental Editora, 2004.
- PUFENDORF, Samuel. **Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural**; tradução Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**; tradução de Marlene Holzhausen e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **Introdução à Ciência do Direito**; tradução de Vera Barkow e revisão técnica e prefácio à edição brasileira de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Introducción a la Filosofía Del Derecho**; tradução de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- RAMÍREZ, Agudelo. **El Poder Político: Su fundamento y Sus Límites Desde los Derechos Del Hombre**. Bogotá: Temis, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo: 2002.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**; tradução de Dinah de Abreu Azevedo e revisão de tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria de Justiça**; Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

RESENDE, Maria Efifênia Lage de. **Inconfidência Mineira**. São Paulo: Global, 1983.

RIALS, Stephane. (1988). **La déclaration des droits de l'homme et du citoyen**. Paris: Hachette.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao Leitor sem Medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

RICOEUR, Paul. **Em Torno ao Político**; tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1995.

RHODES, Richard (prefácio). **Um Mundo ou Nenhum**; tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

RIVAS, Hernán Ortiz. **Estudios de Filosofía Jurídica**. Bogotá: Temis, 2000.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito: Da Antiguidade a Nossos Dias**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**; tradução de Lourdes Santos Machado, Introdução e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens**; cronologia e introdução de Jacques Roger; tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RUSSO, Eduardo Angel. **Derechos Humanos y Garantías – El Derecho Al Mañana**. Buenos Aires: Eudeba, 1999.

SALDIVAR, Linneo Ynsfran. **Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitário.**

Asunción: Marben, s/d.

SALDANHA, Eduardo e ANDRADE, Melanie Merlin de. **Immanuel Kant: Idealismo e a Carta da ONU.** Curitiba: Juruá, 2008.

SALGADO, Karine. **A Paz Perpétua de Kant – Atualidade e Efetivação.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SANTIGATI, Claudio Jesús. **Manual de Derechos Humanos.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. ver, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIEYÈS, Abade. **Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão;** organização, tradução e estudo introdutório Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19 ed. rev, e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos.** São Paulo: LTR, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Novos Direitos: Conquistas e Desafios.** Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, Rogério Forastieri da. **A Primeira Guerra Mundial.** São Paulo: Núcleo, 1992.

SKINNER, Quentin. **Razão e Retórica na Filosofia de Hobbes;** tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 1999.

- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1988, vol. 1.
- SÓCRATES, Coleção os Pensadores; tradução de Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- SÓFOCLES. **Antígona**; tradução de Lawrence Flores Pereira – Introdução e notas de Kathrin Holzemayr Rosenfield. Rio de Janeiro: TopBooks, 2006.
- SOREL, Georges. **Reflexões Sobre A Violência**; tradução de Orlando dos Reis. Petrópolis: Vozes, 1993.
- SQUELLA, Agustín. **Norberto Bobbio: Um Hombre Fiero y Justo**. Mexico – DF. Fondo de Cultura Económica, 2005.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTR, 1994.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- THOUREAU, Henry D. **Desobediencia Civil y Outros Escritos**, traducción de Maria Eugenia Díaz. Tecnos: Madrid, 2006.
- TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. 2. ed. atual. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- VIGO, Rodolfo Luis. **Visión Crítica de La Historia de La Filosofia Del Derecho**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- VITORIA, Francisco. **La Ley**; estudio preliminar y traducción Luis Frayle Delgado. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- _____. **Sobre el Poder Civil; Sobre los Indios; Sobre el Derecho de la Guerra**; estudio preliminar, traducción y notas Luis Frayle Delgado, comentario crítico de José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOOD, Allen W. **Kant**; tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008.