

Liberdade, igualdade e fraternidade: Direito internacional e os direitos do homem

Rodrigo Fernandes More¹

1. Introdução. 2. Revoluções Americana e Francesa. 3. O sistema de direito internacional. 4. Das Revoluções à Declaração de 1948.

1. Introdução. Na antiguidade, ser livre significava participar da comunidade política, “da coisa pública, do diálogo no plural, que permite a palavra viva e a ação vivida, numa unidade criativa e criadora”. Nas palavras de Lafer, “Liberdade antiga é a liberdade do cidadão e não do homem enquanto homem”¹. Já a liberdade moderna, segundo o mesmo autor, explica-se na regulação da interferência do todo (do Estado e da comunidade) sobre o indivíduo: a liberdade é um direito do indivíduo e ao mesmo tempo uma obrigação do todo: ao indivíduo são reconhecidos direitos que lhe garantem certo grau de oposição e independência em relação ao Estado, ao todo.

A liberdade entendida desta forma ganhou corpo nas declarações de direitos do final do século XVIII - a declaração americana e a declaração francesa. Até então, segundo Bobbio, a afirmação dos direitos do homem era exercício filosófico do pensamento jusnaturalista: “As revoluções foram fenômenos prático-políticos que representaram uma inversão histórica na história secular da moral”².

Para Bobbio, a moral sempre foi um código de deveres, não de direitos. Os indivíduos incorporavam uma série de deveres morais e legais em relação ao todo, à comunidade, ao Estado, sem direitos correspondentes e contrapostos. Os ideais revolucionários promoveram uma inversão nestas relações: aos indivíduos isoladamente passaram a ser reconhecidos direitos que deveriam ser respeitados por todos os demais, inclusive pelo Estado. Mas qual o fundamento destes direitos do homem?

Se as revoluções explicam o surgimento dos direitos do homem sob o ponto de vista histórico-político, desafio maior é a identificação de seu conteúdo filosófico. O contratualismo de Rousseau, o jusnaturalismo de Grócio a Kant, o utilitarismo de Bentham, o historicismo hegeliano, o positivismo de Kelsen e Schmitt: cada corrente filosófica procura explicar por diversos fundamentos os direitos do homem e sua oponibilidade contra o Estado, aliás, seu ponto comum.

Bobbio relata que as principais correntes filosóficas do século XIX empreenderam um ataque ao jusnaturalismo bicentenário defendido de Grócio a Kant. A primeira grande crítica foi feita em nome do *utilitarismo* e pode ser lida na *Anarchical Fallacies*, de Bentham: “trata-se de uma feroz demolição dessa fantasiosa invenção de direitos que jamais existiram, já que o direito – segundo Bentham – é produto da autoridade do Estado. Mas a autoridade de que fala Bentham não é um poder arbitrário; existe um critério objetivo para limitar (e, portanto, controlar) a autoridade, a saber, o princípio da utilidade, que

¹ O autor é advogado, doutor em Direito Internacional pela USP, diretor do Instituto de Estudos Marítimos e autor do livro “Direito Internacional do Desarmamento: o Estado, a ONU e a paz” (Editora Lex: São Paulo, 2007).

já Beccaria, a quem Bentham apela, expressara na fórmula “a felicidade do maior número”³.

Outra corrente adversa foi o *historicismo*, seja na visão da Escola Histórica de Direito (o direito deriva do povo), seja da escola filosófica de Hegel, que tem a liberdade e a igualdade como “produto do resultado de uma consciência histórica”⁴.

A terceira corrente adversa foi o *positivismo* jurídico que dominou entre os juristas da metade do século XIX até a metade do século XX (Segunda Guerra Mundial), representada por Kelsen e Schmitt. Para essa corrente, “os direitos naturais nada mais são que direitos públicos subjetivos, “direitos reflexos” do poder do Estado, que não constituem um limite ao poder do Estado, anterior ao nascimento do próprio Estado, mas são uma consequência – pelo menos na conhecida e célebre doutrina de Jellinek – da limitação que o Estado impõe a si mesmo.”⁵ Diferem Kelsen e Jellinek quanto ao fundamento dessa limitação. Para Jellinek, a liberdade do homem diante do Estado decorre do *status negativus*, que é tomado como base para os direitos do homem, uma esfera além do proibido e do permitido protegida da ingerência do Estado. Kelsen não reconhece a existência dessa área de não ingerência, pois para ele toda liberdade, mesmo aquela afeta aos direitos do homem, é uma liberdade autorizada⁶. Mas o que tornou essa liberdade-direito-do-homem um “direito fundamental”?

As primeiras declarações de direito do homem não eram novas em sua inspiração filosófica. Foram de Locke as primeiras linhas sobre a liberdade e a igualdade entre os homens: “Para bem compreender o poder político e derivá-lo da sua origem, deve-se considerar em qual estado encontram-se naturalmente todos os homens, e esse é um estado de perfeita liberdade de regular as próprias ações e dispor das próprias posses e da própria pessoa como se acredita ser melhor, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de ninguém mais. É também um estado de igualdade, no qual cada poder e cada jurisdição são recíprocos (...), já que não há nada de mais evidente do que isto, que criaturas da mesma espécie e do mesmo grau, nascidas, sem distinção, com as mesmas vantagens da natureza e com o uso das mesmas faculdades, devam ser também iguais entre si, sem subordinação e sem submissão”⁷.

À época em que foram escritas, as palavras de Locke representavam mero exercício filosófico, mas funcionaram como inspiração filosófica-histórica para a construção dos ideais revolucionários da América e da França que, de sua vez, inspiraram outros Estados a incluir em suas próprias constituições dispositivos expressos que resguardavam, com maior ou menor amplitude e intensidade, os direitos dos indivíduos, em explícita limitação do próprio poder do Estado. O que era direito natural passou a ser direito positivo⁸. Mas basta a positivação para considerá-lo um direito fundamental do homem?

Certamente as liberdades da Declaração Francesa não eram as mesmas que emergiram do confronto entre o liberalismo e socialismo do final do século XIX. Alterou-se ao longo do tempo seu conteúdo, da generalização para a especialização. Os direitos do homem assim declarados, de formulação democrática e tendentes à universalização, contra os estados do *ancien régime*, ganhariam *status* “fundamental” na medida em que sua universalização

se traduzia em positivação pela via da constitucionalização, da sua incorporação ao ordenamento interno dos Estados como direito a ser observada por todos, inclusive pelo Estado, passando a ser “direitos” cujo conteúdo se esgota e se explica em si mesmo, tendo como razão última a própria natureza constitucional. Essa natureza bastava para explicar, naquele momento histórico, o respeito aos direitos do homem. Após a Segunda Guerra Mundial, não mais. Mas por que bastavam?

A discussão sobre a liberdade estava no centro de um tema mais abrangente no século XVIII e XIX: a soberania. Tanto a Declaração Francesa quanto a Americana exigiram e impuseram uma revisão ao conceito de soberania, do Estado, positivando o que se denominava de direitos naturais do homem. A positivação, então, é inconteste e sua constitucionalização o instrumento para sua caracterização como direitos fundamentais.

Apesar de positivada inicialmente no âmbito interno dos Estados (Constituições), foi a transposição para o direito internacional que lhe garantiu um corpo legislativo e certo grau de legitimidade política que evidenciaram ainda mais sua natureza verdadeiramente universal. O direito internacional que surge no pós Segunda Guerra passaria a reconhecer os direitos do homem (com a amplificação e especialização de seu conteúdo) não somente em sua explicitação na Declaração de 1948 ou nos Pactos, mas também no direito costumeiro e nos princípios gerais de direito, principalmente o da universalidade.

Essa transposição, como será vista mais adiante, não significou maior eficácia na proteção dos direitos do homem, evidenciando dois grandes problemas: *i)* mesmo detendo uma legitimidade originária para proteção dos direitos do homem, o Estado tornou-se seu maior violador e; *ii)* mesmo com uma legislação protetiva complexa, o sistema de direito internacional não é eficiente na proteção de tais direitos. Ultrapassada a fase de constitucionalização e, depois, de internacionalização, a questão maior tornou-se a efetividade na sua proteção.

Nesta transposição do direito interno para o direito internacional, a afirmação dos direitos do homem, segundo Bobbio, conheceu quatro fases distintas, complementares e sucessivas: *i)* constitucionalização; *ii)* extensão; *iii)* universalização e; *iv)* especialização⁹.

Para Bobbio, a fase primeira da *constitucionalização* dos direitos do homem retratou-se nas primeiras constituições liberais e, pouco a pouco, nas constituições democráticas que vieram a luz nos séculos XIX e XX, representando a transformação de uma aspiração secular em verdadeiro direito, num direito público subjetivo, ainda que no restrito âmbito interno do Estado¹⁰.

A segunda fase é representada pela *contínua extensão*, até hoje observada, no interior do Estado em relação aos direitos de liberdade. A primeira extensão foi o direito de associação, a segunda, a passagem do reconhecimento dos direitos civis para os políticos (sufrágio universal), que representou a passagem do Estado liberal para o Estado democrático; a terceira, instituiu os direitos sociais e transformou o Estado democrático e liberal em Estado democrático e social.

A terceira fase está apenas em seu início e marca o debate dos direitos do homem sob um ponto de vista *universal*. Teve início com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, representando a transposição da proteção do sistema interno para o sistema internacional que, recentemente, vem reconhecendo ao indivíduo personalidade de direito internacional, vale dizer, legitimidade para recorrer a órgãos internacionais contra seus próprios Estados.

A quarta fase somente foi atingida nos últimos anos, podendo ser denominada de *especificação* dos direitos do homem. Esta etapa se explica na especialização no tratamento dos direitos do homem de acordo com suas características: defesa da mulher, da criança, dos refugiados e direito humanitário.

A grande questão, como já se disse, não é a declaração de direitos nem sua especialização, mas a carência de instrumentos legais e institucionais para sua efetiva proteção. Essa dificuldade tem raízes históricas no exercício da soberania dos Estados, que se explica no embate de interesses no plano internacional e na absoluta aversão a qualquer tipo de ingerência ou intervenção em seus assuntos internos por terceiros, sejam outros Estados ou órgãos internacionais.

Aos direitos humanos tem a doutrina moderna conferido esta natureza protetiva absoluta e mitigadora da soberania, permissiva às intervenções e, portanto, mais suscetível ao ânimo da política. Os direitos humanos no plano internacional, mesmo positivados, fazem parte de um corpo que se costuma denominar de “*soft law*”, de princípios que refletem juízos de valor e da moral cuja generalidade permitiu serem admitidos historicamente pelo Ocidente e Oriente, ainda que esta admissão não tenha se traduzido em efetividade. Esse o paradoxo dos direitos humanos.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 surgiu no plano internacional como uma *vis diretiva* para os Estados, nada além disso. A Assembléia Geral da ONU, que representa os Estados e não a humanidade, não conferiu à Declaração força jurídica vinculante, mas não cremos que seja a falta de um dispositivo como este razão determinante para a falha no sistema de proteção que, aliás, se pensou e construiu posteriormente. Na verdade não há razão determinante, mas múltiplas razões para essa carência de efetividade, que serão estudadas adiante. Basta-nos nesta introdução reconhecer que os direitos sociais são muito mais difíceis de proteger que os direitos de liberdade, que a proteção internacional é bem mais difícil que a interna, que existe um conflito evidente, histórico e não menos atual, entre o ideal e o real ¹¹.

Essas as reflexões iniciais que entendíamos necessárias para lançar as bases da análise das questões centrais deste estudo, tal qual mencionamos logo de início: o estudo da Liberdade na esfera internacional, sua relação com os direitos do homem e com o direito internacional.

2. As Revoluções Americana e Francesa. Neste estudo não nos preocupa a discussão acerca da influência, ou não, dos ideais da Revolução Americana, de 1776, sobre a Revolução Francesa, de 1789, pois disso já se

preocuparam grandes filósofos e estudiosos da política daquele e dos séculos seguintes. Preocupemo-nos somente com alguns aspectos que julgamos relevantes para desenvolvimento deste estudo, como o universalismo dos ideais espalhado pela Revolução Francesa e com o conteúdo das suas declarações que, ao longo dos dois séculos seguintes, importaram na construção de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, mais importante ainda, colocaram os direitos humanos no centro da agenda política internacional como tema afeto diretamente à paz e segurança internacionais.

Em 1776, antes mesmo da Revolução Francesa, a América declarava, na Declaração de Independência dos Estados Unidos que considerava... *“incontestáveis e evidentes em si mesmas as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre esses direitos estão, em primeiro lugar, a vida, a liberdade e a busca da felicidade.”*¹² Note-se que a igualdade é proclamada como condição fundamental, ao passo que a liberdade está entre outros direitos. Essa igualdade não era a mesma igualdade defendida pela corrente socialistas na elaboração da Declaração de 1948, tratava-se de uma “igualdade” de conteúdo moral de fundamento étnico-religioso, desprovida de base legal positiva, que permitiu, por exemplo, a convivência paradoxal da discriminação racial com a liberdade e a vida (“direitos inalienáveis” nas palavras da Declaração), cujo conteúdo cuidava de regular a lei interna americana. Em que medida os homens era iguais? Havia uma igualdade perante o Criador, mas não entre os homens¹³.

Isso se explica não somente na evidência histórica, mas nos movimentos políticos na gênese da Declaração Americana. Neste sentido, José Afonso da Silva revela que “A Constituição dos EUA aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.09.1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais Estados soberanos se uniriam num Estado Federal, passando a simples Estados Membros deste. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a este pacto se se introduzisse na Constituição uma Carta de Direitos, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1795, que constituem o *Bill of Rights* do povo americano.”¹⁴ A distância entre o real e o ideal era evidente.

Situação semelhante enfrentaram os revolucionários franceses: os ideais revolucionários estavam distantes da realidade. Mesmo precários em seu conteúdo, sobre o qual pendiam interpretações filosóficas e políticas contraditórias até mesmo porque comportavam “valores antinômicos: não podiam ser realizados globalmente e ao mesmo tempo”¹⁵, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade estavam lançados e destinados a operar sensíveis modificações na leitura das relações humanas e destas com os Estados no futuro. Isso se evidencia na constatação de que alguns direitos enunciados em 1789 pouco se modificaram em 1948 (direitos individuais, políticos e intelectuais) embora tenham se tornado mais abrangentes, outros se

desvalorizaram (propriedade), outros ainda representam inovações de inspiração socialista, como os direitos sociais¹⁶.

Uma vez declarados, os direitos do homem passariam pelo processo de constitucionalização, ou seja, passariam a ser tratados no âmbito interno dos Estados onde, agora positivado, teria seu conteúdo moldado ora pela influência do liberalismo, ora do socialismo, num exercício de soma sempre positiva, já que a um e outro sempre se reconheceu a capacidade de revelar as imperfeições recíprocas.

Neste período entre as Revoluções e a Declaração dos Direitos do Homem, mesmo enunciadas em conjunto, a liberdade e a igualdade caminharam isoladamente. A igualdade entre os Homens não se concretizaria senão na segunda metade do século XX, bastando para justificar essa assertiva as lembranças sobre o Apartheid e sobre a discriminação contra as mulheres que perduraram até a década de 1980. Isso é reflexo da dificuldade de se determinar o conteúdo da “liberdade” ou das “liberdades”, dificuldades enfrentadas desde as Revoluções. Um exemplo bem atual disso é revelado por Cançado Trindade: em 1947, um ano antes da adoção da Declaração, a Unesco realizava, a título de colaboração, um estudo sobre os principais problemas teóricos levantados na elaboração da Declaração, na forma de um questionário enviado a pensadores de expressão dos diversos países. As respostas recebidas pela Comissão sobre Princípios Filosóficos dos Direitos Humanos, da Unesco, foram reunidas num documento intitulado “Bases de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos”. A grande diversidade das respostas revelava a exata medida das dificuldades que se teria na sua implementação, na busca da efetividade e, principalmente, na redação dos Pactos somente 18 anos depois da Declaração¹⁷.

3. O sistema de direito internacional. O sistema de direito internacional, diferentemente do sistema de direito interno, caracteriza-se por ser um arranjo horizontal, não hierarquizado, de entes políticos equipotentes em sua soberania¹⁸. A soberania coloca o Estado à salvo de intervenções externas que, no campo da proteção de direitos do homem, podem promover a mitigação do conceito absoluto da soberania e permitir, ainda que não legitime, a intervenção por razões humanitárias¹⁹.

Constituído desta forma, representado funcionalmente pelo sistema das Nações Unidas, o sistema de direito internacional é essencialmente político. Para compreensão deste sistema político, Wight identificou três paradigmas clássicos, de fundamento filosófico, que norteiam as relações entre Estados soberanos: o *realismo*, de fundamento hobbesiano-maquievélico; o *racionalismo* grociano e o *revolucionismo* kantiano. Esses paradigmas não têm uma visibilidade história estanque, temporal. São dinâmicos. Assim, pode-se dizer que a inspiração da Carta das Nações Unidas aproxima-se muito mais do racionalismo grociano, da solução de conflitos fundada no potencial de sociabilidade e solidariedade da sociedade internacional, que do realismo hobbesiano-maquievélico, da luta de todos contra todos; ao passo que, atualmente, preocupa sobremaneira a sociedade internacional a questão da paz internacional, de inspiração kantiana. No âmbito dos direitos do homem, revela Lafer, “a proteção e o aparecimento dos direitos humanos não se deu

pela prevalência da doutrina kantiana, mas da hobbesiana”, do realismo. Segundo Wight, “o realismo concebe as relações internacionais como definidas predominantemente, se não exclusivamente, pela *raison d'état*: o direito político é o bem do Estado e a soberania é a palavra final destas questões. O sistema internacional é arena na qual os homens de Estado perseguem seus interesses e periodicamente chegam a conflitos que podem ameaçar a sobrevivência de alguns. O problema fundamental das relações internacionais é prevenir tais conflitos, através da diplomacia, defesa nacional, alianças militares, equilíbrio de poder etc. A imagem realista é a de Estados soberanos livres, competitivos e, algumas vezes, egoístas e combativos: individualismo internacional”. Por outro lado, o sistema de direito criado para suportar essa proteção é fundado num racionalismo grociano que peca pela efetividade. Na outra vertente, essa carência de efetividade, conforme demonstra o exemplo histórico-político das operações de paz das Nações Unidas, pode ameaçar a paz e a segurança internacionais com a mudança da natureza e extensão extraterritorial dos efeitos dos conflitos interestatais para os conflitos internos, uma preocupação tipicamente kantiana.

A compreensão filosófica desses fenômenos explica também a divergência de opiniões sobre a natureza e o papel dos direitos do homem. Não há uma opinião certa sobre o que signifique “direito”, se algo imediatamente vinculante e exigível (*binding and enforceable*) ou simplesmente um padrão de comportamento (*soft law*). Essa divergência fica evidente na dificuldade do cumprimento (*enforcement*) e da aplicação de sanções no direito internacional²⁰. Há mesmo quem diga não haver evidência da prática estatal (*state practice*) de direitos do homem, o que prejudica até mesmo o reconhecimento de seu conteúdo ou mesmo de sua existência²¹.

A Carta das Nações Unidas, por exemplo, refere-se aos direitos humanos e às liberdades fundamentais isoladamente, mas de forma complementar. Na concepção Ocidental dos direitos do homem o foco é o indivíduo, na concepção dos países socialistas (prevalência do social sobre a liberdade – liberalismo), o Estado²². Apenas para reavivar as diferenças interpretativas, vale lembrar que na doutrina da década de 70, conforme defendeu Tunkin, não se concebiam os direitos humanos como uma garantia direta aos indivíduos no plano internacional, mas somente pela via estatal, que os aplicada em seu próprio território, como direito interno²³: (1) *all state have a duty to respect fundamental rights and freedoms of all person within their territory*; (2) *states have a duty not to permit discrimination by reason of sex, religion or language*; (3) *states have a duty to promote universal respect of human rights and to co-operate with each other to achieve this objective*.”

Assim, o natureza e conteúdo dos direitos humanos variava, segundo Tunkin, de Estado para Estado, segundo a lei interna de cada um, o mesmo ocorrendo com sua proteção, tão frágil quanto ineficaz o Estado no respeito à proteção desses direitos.

Atualmente, quase todas as legislações internas refletem, e vice versa, o direito internacional dos direitos humanos, seja no plano da “generalização”, representado pela Declaração de 1948, pelos dois pactos da ONU de 1966 e pelos três pactos regionais (América, Europa e África), seja no plano da “especialização”, representado pelos tratados específicos sobre matérias especiais de proteção aos direitos humanos. Assim, modernamente tem se

admitido que a proteção internacional possa ser exercida se a jurisdição nacional não contiver instrumentos legais e institucionais, ou mesmo se não puder oferecer ou não oferecer corretamente o acesso à justiça para reparação da violação aos direitos humanos, isso quer dizer que o princípio de não-intervenção nos assuntos internos dos Estados, fundado na soberania, é relativizado no âmbito dos direitos humanos.

4. Das Revoluções à Declaração de 1948. Não cabe aqui fazer extensas digressões históricas sobre o amadurecimento dos conceitos éticos no âmbito do direito interno dos Estados, fundado na dignidade e na universalidade do ser humano e no alargamento da democracia no pós-Revoluções, para justificar a transposição dos direitos do homem para a esfera internacional no século XX. Valem, contudo, algumas breves notas para compreender o paradoxo do caminho percorrido pelos direitos do homem até a Declaração de 1948.

No século XIX, relata Lafer, três ações internacionais podem ser mencionadas entre as pioneiras em defesa dos direitos humanos. A primeira delas foi a tentativa inglesa de eliminar o tráfico de escravos que se tornara “incompatível com o nível de modernidade econômica e política daquele país”²⁴, iniciativa encampada pelos americanos que se propunham a apreender navios negreiros nas costas africanas como forma de combater a escravidão, um crime universalmente reprovável pela *law of nations*, tal como reconhecido pela Suprema Corte em casos como no caso *US x Schooner La Eugénie* em 1822²⁵.

A despeito de atentar contra os mais basilares princípios cristãos, como se apregoava no *Law of Nations*, desde a revolução industrial (Séculos XVIII e XIX) a escravidão passou também a ser incompatível como o novo modelo de produção. Nesta perspectiva, a Inglaterra promulgou o *Bill Alberdeen*, que condenava o tráfico escravo e exigia, indiretamente, das nações com as quais desenvolvia relações comerciais, ações concretas para a extinção do tráfico negreiro. Em 25 de setembro de 1826 sobreveio a Convenção de Genebra sobre Tráfico de Escravos, que expressamente passou enquadrar o princípio do *Law of Nations* de repúdio ao tráfico negreiro, possibilitando aos Estados Unidos e os demais países em industrialização, entre estes a Inglaterra, com base num direito positivo, o combate mais efetivo ao tráfico negreiro, especialmente aqueles realizados por países europeus e colonialistas como Portugal e Espanha.

A segunda ação foi representada pela iniciativa de Henri Dunant que organizou uma conferência internacional para discutir o sofrimento das pessoas em conflitos armados interestatais. “Dessa iniciativa resultou a Primeira Convenção de Genebra (1864), que positiva o direito humanitário, bem como a criação da Cruz Vermelha. Nesse caso interesse dos Estados em assinar essa convenção encaixasse também na perspectiva grociana, dos interesses comuns em disciplinar o uso da força, ainda que a motivação do criador da Cruz Vermelha tenha sido eminentemente ética”²⁶. Ainda no século XIX surge ainda a preocupação não somente com as vítimas, mas também com a forma e meios pelos quais os conflitos armados se desenvolvem, elementos diretamente relacionados com as razões do sofrimento humano, como a

Convenção de São Petersburgo de 1868, sobre balas explosivas, que está na origem do Direito Humanitário que tomaria corpo com as convenções de Haia.

A terceira ação identificada por Lafer no desenvolvimento do princípio da proteção estatal internacional sobre seus nacionais e o “instituto da *intervenção por humanidade*, segundo o qual os Estados têm direito de intervir em favor dos nacionais de outros Estados que estejam sendo vítimas de violações flagrantes e atrozes dos direitos humanos”. Esse “direito” é de reconhecimento extremamente polêmico e seu exercício sempre se deu em conjunto com outros fatores. Lafer relata que a primeira iniciativa desta natureza ocorreu em 1830 pelos ingleses em favor dos gregos²⁷. Atualmente reconhece-se que nenhum Estado pode intervir, ainda que por razões humanitárias, isoladamente ou em grupo, noutro Estado sem prévia aprovação do Conselho de Segurança, pois o uso unilateral da força pode minar todo o sistema de segurança internacional. As flagrantes violações aos direitos humanos levam ao caos e à anarquia, mas devem ser combatidas somente sob ordem do Conselho de Segurança²⁸.

Já no século XX a primeira iniciativa importante para a transposição está representada no Tratado de Paz que pôs fim à Primeira Guerra – o Tratado de Versalhes, de 1919 – cuja Parte I estabelece a Sociedade das Nações, dispondo sobre “direito dos povos” além de direitos do homem, e a Parte XIII, que criou a Organização Internacional do Trabalho, cujos propósitos eram a promoção de condições melhores de trabalho e apoio ao direito de associação. Para alguns Estados, esses direitos foram reconhecidos como fundamentais no corpo das Constituições. Apesar deste pioneirismo a Sociedade falhou em seus propósitos de manter a paz e a segurança internacionais, falhou principalmente em evitar a Segunda Guerra Mundial, cujos reflexos no campo político, econômico, cultural e social, enfim na Humanidade, mudariam definitivamente o Mundo contemporâneo. O flagelo da guerra serviria para construir um sistema de proteção aos direitos do homem mais amplo e de orientação internacional, de “fora para dentro” dos Estados, num movimento contrário àquele de transposição.

A Sociedade das Nações (SDN) nem havia se dissolvido (isso ocorreu em 18 de abril de 1946, com fim de existência jurídica em 31 de julho de 1947) quando já vigorava a Carta das Nações Unidas desde 24 de outubro de 1945, resultado da Conferência de São Francisco (25 de abril a 26 de junho de 1945), que consolidara as negociações entre Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e China levadas a efeito em *Dumbarton Oaks* (1944) e *Yalta* (1945)²⁹.

Num momento inicial, a ONU e a Carta foram um passo muito importante para o movimento de transposição dos direitos do homem representada pela própria Carta, pela Declaração de 1948 e pelos dois Pactos de 1966 e, muito mais importante ainda, para sua fase consolidação e implementação a partir da Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos em Teerã (1968)³⁰.

No âmbito das Nações Unidas, principalmente na Assembléia Geral, o tratamento dos direitos humanos fez emergirem o que podemos chamar de “novas liberdades”. Aliadas do Conselho de Segurança, os Estados utilizaram-se da Assembléia Geral para declarar princípios e direitos que, ao longo dos anos e da prática dos Estados, tornar-se-iam costumes internacionais e

princípios gerais de direito internacional. A proteção à liberdade do indivíduo emergiria com a iniciativa da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; as liberdades políticas, sociais, culturais e econômicas, com os Pactos de 1966; as liberdades dos povos com o movimento de descolonização e afirmação da autodeterminação³¹ e da democracia como instrumentos de paz e segurança internacionais reforçados a partir da década de 1970; a proteção dos refugiados, das minorias, das pessoas nos conflitos armados pelo direito humanitário.

Constata-se, então, que os ideais revolucionários franceses da liberdade, da igualdade e da fraternidade foram tomados como gêneros inspiradores das diversas espécies de direitos do homem objeto da generalização e especialização entre meados do século XIX e do século XX, principalmente no âmbito das nações Unidas. Assim, a dinâmica do conceito de liberdade inspirou os chamados direitos do homem de *primeira geração*; a igualdade está representada nos direitos civis e políticos, de *segunda geração*; ao passo que a fraternidade pode ser entendida como base axiológica dos direitos de *terceira geração*, a exemplo do direito ao desenvolvimento e da cooperação. Aos direitos do homem afetos à liberdade, os direitos de primeira geração, foram reconhecidos a inderrogabilidade. Daí falar-se em liberdade como um conceito de conteúdo plural, como “liberdades” e não como “direitos”, contrariamente ao que defendeu HAYEK, merecendo críticas de ARON³²

A elaboração do texto da Declaração teve lugar no seio da Comissão de Direitos Humanos da ONU entre 1947 e 1948, concebida como uma declaração que deveria ser complementada por dois pactos posteriores (e um primeiro protocolo facultativo), sobre direitos civis e políticos (artigos 2/21) e sobre econômicos, sociais e culturais (artigos 22/28), abertos para votação na Assembléia Geral da ONU em 1966³³, que entrou em vigor em 1976. Concretizava-se, então, a Carta Internacional de Direitos Humanos e se completava a base geral para que se iniciasse o processo de implementação de suas disposições, lançada na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968).

Neste contexto, dada sua característica de *soft law*, a Declaração não representou uma aprovação imediata de seu conteúdo representada pela incorporação e positivação de seus princípios pelos Estados em suas respectivas Constituições, principalmente pelos Estados onde as violações eram mais evidentes. Vale lembrar que o colonialismo quedava apenas na década de 70 e que esse mesmo colonialismo foi um dos principais responsáveis pelas mais horrendas violações dos direitos humanos principalmente na África, sendo quase que dispensável o recurso à memória sobre o Congo (ex-Zaire) para justificar essa assertiva, ou mesmo à política de discriminação racial promovida pelo Apartheid. Na verdade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem revela, como em tantas outras situações no direito internacional, o caminho inverso na positivação de direitos na esfera internacional. “A declaração é um rol solene de direitos que os Estados costumam julgar desejável atribuir às pessoas, mas que se recusam admitir como imperativos”³⁴, esse o grande entrave percebido em sua fase de implementação. Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração nasceu com status político relevante que se comprovou ao longo dos anos, mesmo carecendo, sob o ponto de vista estritamente legal, de poder

vinculante para os Estados da ONU. Mas isso não lhe retirou seu verdadeiro valor universal, nem negou sua irreversível internacionalização³⁵.

Após a adoção da Declaração Universal, a Carta Internacional dos Direitos Humanos completou-se com a adoção de dois pactos nas Nações Unidas: de Direitos Civis e Políticos (e [primeiro] Protocolo Facultativo), e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Também se teve três pactos regionais: americano (OEA), europeu e africano (OUA), além de uma série de convenções voltadas para situações concretas, específicas, como a discriminação, tortura, genocídio - ou a grupos (mulheres, crianças, velhos, minorias, deficientes)³⁶. Referências expressas à Declaração de 1948 podem ser conferidas na Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965) e de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), da Convenção sobre Direitos da Criança (1989), Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid (1973), da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), da Convenção das Nações Unidas contra Tortura (1984), da Convenção da UNESCO contra a Discriminação na Educação (1960), da Convenção nº 111 da OIT sobre Discriminação Relativa a Emprego e Ocupação (1958), além dos acordos regionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), na Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) e na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981).

Para concluir, retomando as observações que lançamos a guisa de introdução, consideremos as referidas mudanças no conteúdo da “liberdade” ocorridas entre as Revoluções e a Declaração de 1948, as quais alteraram também seu significado conceitual. “Liberdade” e “Igualdade” não têm hoje o mesmo significado que lhe emprestou Locke, nem aquele das declarações revolucionárias.

Bobbio lembra que a primeira ampliação do conceito de liberdade – da liberdade como não impedimento para a liberdade como “autonomia” – é representada pela obediência a “leis intimamente desejadas e internamente estabelecidas”, de inspiração contratualista rosseauiana, ou seja, da “obediência á lei que prescrevemos a nós mesmos”. A segunda mutação ocorreu quando se passou de uma concepção negativa para uma positiva de liberdade, ou seja, não mais como uma *faculdade negativa*, mas como um “*poder positivo*, isto é, de capacidade jurídica e material de tornar concretas as abstratas possibilidades garantidas pelas constituições liberais. Tal como a liberdade política diferenciara a teoria democrática em relação à teoria liberal, da mesma forma a liberdade positiva, como poder efetivo, caracterizou no século XIX as várias teorias sociais, em especial as socialistas, em comparação á concepção puramente formal da democracia³⁷”.

Atualmente, quando dizemos que o ser humano é livre, a expressão explicita três situações distintas: a) que todo ser humano deve ter uma esfera de atividades protegida da ingerência externa, em especial do Estado; b) que todo ser humano deve participar de forma direta ou indireta da formação das leis que irão regular sua esfera de condutas; c) que todo ser humano deve ter o poder de converter comportamentos abstratos em concretos previstos pelas leis que lhe atribuem este ou aquele direito. Em resumo, como destaca Bobbio, “a imagem do homem livre apresenta-se como a imagem do homem que não deve tudo ao Estado por que sempre considera a organização estatal como

instrumental e não como final; participa diretamente ou indiretamente da vida do Estado, ou seja, da formação da chamada vontade geral; tem poder econômico suficiente para satisfazer algumas exigências fundamentais da vida material e espiritual, sem as quais a primeira liberdade é vazia, a segunda é estéril”.

Todos esses conceitos de liberdade estão presentes na Declaração de 1948: a liberdade negativa nos artigos que se referem aos direitos pessoais e aos tradicionais direitos de liberdade (artigos 7 a 20); a liberdade política no artigo 21; a liberdade positiva, nos artigos 22 a 27, que se referem aos direitos a segurança social, em geral, aos direitos econômicos, sociais e culturais, objeto dos segundo dos Pactos de 1966³⁸.

São Paulo, maio de 2003

BIBLIOGRAFIA

ARON, Raymond. Pensamento Sociológico e Direitos do Homem. *In* Estudos Políticos. Trad. Sérgio Bath, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985 (Coleção Pensamento Político, 18).

_____. A definição liberal de liberdade (A propósito de “The Constitution of Liberty”, de F. A. Hayek). *In* Estudos Políticos. Trad. Sérgio Bath, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985 (Coleção Pensamento Político, 18).

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. [Teoria Generale della Politica]. A Filosofia Política e a Lição dos Clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão Cláudia Perrone-Moisés. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRIGGS, Richard W. The Law of Nations, Cases, Documents and Notes. Nova Yorke: F. S. Crofts & Co., 1944.

CASSESE, Antonio. Self-determination of Peoples. A Legal Reappraisal. 1ª ed., 1ª reimp. Cambridge: Grotius Publications-Cambridge University Press, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

FALK, Richard Anderson. International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order, in Temple Law Quaterly, 1959, vol. 32, p. 295.

LAFER, Celso. Ensaio sobre a Liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1980.

_____. Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos. Reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MORE, Rodrigo F. Fundamentos das Operações de Paz das Nações Unidas e a Questão de Timor Leste. Dissertação para obtenção de título de mestre em direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Biblioteca da Faculdade de Direito da USP, 2002.

RIDRUEJO, José A Pastor. Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales. 7ª ed. Madrid: Editora Tecnos S/A, 1999.

SHAW, Malcolm N. International Law. 4ª ed. Cambridge: Grotius Publications-Cambridge University Press, 1997.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

TRINDADE, Antonio Cançado. Tratado Internacional dos Direitos Humanos. 2ª ed. ver. atual. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

WIGHT, Martin. A Política do Poder. Trad. C. Sergio Duarte, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

¹ LAFER, Celso. Ensaio sobre a Liberdade. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1980, p. 17.

² BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. [Teoria Generale della Politica]. A Filosofia Política e a Lição dos Clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão Cláudia Perrone-Moisés. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 476.

³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992. Era dos Direitos, p. 126

⁴ Idem.

⁵ Idem, p. 127.

⁶ Tércio, p. 112.

⁷ BOBBIO, Teoria, p. 485.

⁸ BOBBIO fala em doutrina dos direitos naturais (moderna), que difere da doutrina do direito natural (histórica). In Teoria, páginas 479 e 486.

⁹ BOBBIO, Teoria, p. 481-483.

¹⁰ Desde a Revolução Francesa, diversas Constituições passaram a refletir o espírito da Declaração, a exemplo da “Constituição Espanhola” de 1812 (Constituição de Códiz), a “Constituição Portuguesa” de 1822, a “Constituição Brasileira” de 1824, a “Constituição Belga” de 1831, a “Constituição Alemã” de Weimar, de 1919, e a “Constituição Mexicana” de 1917. (In COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999).

-
- ¹¹ BOBBIO, Teoria, p.483.
- ¹² BOBBIO, Teoria, p. 484.
- ¹³ BOBBIO, Teoria, p. 491.
- ¹⁴ SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003
- ¹⁵ BOBBIO, Era, p. 18.
- ¹⁶ ARON, Raymond. Pensamento Sociológico e Direitos do Homem. Publicado na coletânea Ethics and Social Justice, dirigida por Howard E. Kiefer e Milton K. Munitz, State University of New York Press, 1968. In Estudos Políticos. Trad. Sérgio Bath, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985 (Coleção Pensamento Político, 18), p. 245.
- ¹⁷ TRINDADE, Antonio Cançado. Tratado Internacional dos Direitos Humanos. 2ª ed. ver. atual. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003., p. 55-58.
- ¹⁸ FALK, Richard Anderson. International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order, in Temple Law Quarterly, 1959, vol. 32, p. 295.
- ¹⁹ LAFER, Celso. Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos. Reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 147; OLIVEIRA, Henrique Altamir de. Prefácio à Edição Brasileira. WIGHT, Martin. A Política do Poder. Trad. C. Sergio Duarte, 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p. XIV.
- ²⁰ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4ª ed. Cambridge: Grotius Publications-Cambridge University Press, 1997, p. 196.
- ²¹ SHAW, International Law, p. 197.
- ²² SHAW, International Law, p. 198.
- ²³ SHAW, International Law, p. 199.
- ²⁴ LAFER, Desarmamento, p. 150.
- ²⁵ BRIGGS, Richard W., *The Law of Nations, Cases Documents and Notes*, Nova York: F. S. Crofts & Co., 1944, p. 09.
- ²⁶ LAFER, Desarmamento, p. 149-150.
- ²⁷ LAFER, Desarmamento, p. 151 e SHAW, International Law, p. 201
- ²⁸ MORE, Rodrigo F. Fundamentos das Operações de Paz das Nações Unidas e a Questão de Timor Leste. Dissertação para obtenção de título de mestre em direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Biblioteca da Faculdade de Direito da USP, 2002, p. 37.
- ²⁹ A Conferência teve lugar em Washington e desenvolveu-se em duas fases: a primeira reuniu os Estados Unidos, União Soviética e o Reino Unido entre 21 de agosto e 28 de setembro de 1944; a segunda, Estados Unidos, Reino Unido e China, de 29 de setembro a 07 de outubro do mesmo ano. Na Conferência não se chegou a uma conclusão sobre o processo de decisão do Conselho de Segurança, que se resolveu apenas na Conferência de Yalta, que teve lugar na Cidade de mesmo nome, de 03 a 11 de fevereiro de 1945. (RIDRUEJO, José A Pastor. Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales. 7ª ed. Madrid: Editora Tecnos S/A, 1999, p. 694).
- ³⁰ TRINDADE, Tratado, vol I: formação, p. 51-87; consolidação e implementação, p. 90-163.
- ³¹ O princípio de autodeterminação está vinculado à chamada “liberdade dos povos”, guardada como tal na Carta das Nações Unidas (Capítulo XI). Na doutrina confira-se: CASSESE, Antonio. Self-determination of Peoples. A Legal Reappraisal. 1ª ed., 1ª reimp. Cambridge: Grotius Publications-Cambridge University Press, 1996.
- ³² ARON, Raymond. A definição liberal de liberdade (A propósito de “*The Constitution of Liberty*”, de F. A. Hayek), in op. cit., p. 226.

³³ Resolução 2200 da Assembléia Geral das Nações Unidas, Sessão XXI, disponível no site www.un.or.

³⁴ ARON, Raymond. Pensamento Sociológico e Direitos do Homem, p. 245.

³⁵ TRINDADE, Tratado, vol. I, p. 65.

³⁶ Idem.

³⁷ BOBBIO, Teoria, p. 489.

³⁸ BOBBIO, Teoria, p. 490.