

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor Honoris Causa da Universidade de Coimbra

Doutor em Direito da Universidade de Paris

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

3ª edição, revista e ampliada

2003

Editora Saraiva

ISBN 85-02-04077-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Comparato, Fábio Konder, 1936-

A afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio

Konder Comparato. - 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo

Saraiva, 2003.

1. Direitos humanos 2. Direitos humanos (Direito
internacional) 3. Direitos humanos - História 1. Título.
02-3572 CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos humanos : Direito público 342.7

Editora Saraiva
Avenida Marquês de São Vicente, 1697 - CEP 01139-904 - Barra Funda -
São Paulo - SP
TEL.PABX (11) 3613-3000 - Fax (11) 3611-3308 -
Fone Vendas (11) 3613-3344
Fax Vendas (11) 3611-3268 -
Endereço Internet <http://www.editOrasaraiva.com.br>

"Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não-se trata de fazer ler, mas de fazer pensar."

MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis,
livro XI, capítulo XX.

" O projeto original deste livro foi aprovado pelo Conselho da Cátedra UNESCO-USP de Educação para a Paz, Direitos Humanos, Democracia e Tolerância, sob a coordenação do eminente Professor José Mário Pires Azenha.

" As Dras. Olivia Raposo da Silva Telles e Isabel Ricupero prestaram-me importante colaboração na pesquisa das fontes.

" A Desembargadora Federal Sônia Steiner forneceu-me os principais documentos comentados no capítulo 23^o.

ÍNDICE

Introdução	Sentido e Evolução dos Direitos Humanos
Capítulo 1º	- Magna Carta 1215
Capítulo 2º	- Lei de Habeas-Corpus – Inglaterra 1679
Capítulo 3º	- Declaração de Direitos (Bill of Rights) – Inglaterra, 1689
Capítulo 4º	- A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte
Capítulo 5º	- As Declarações de Direitos da Revolução Francesa
Capítulo 6º	- A Constituição Francesa de 1848
Capítulo 7º	- A Convenção de Genebra de 1864
Capítulo 8º	- A Constituição Mexicana de 1917
Capítulo 9º	- A Constituição Alemã de 1919 (República de Weimar)
Capítulo 10º	- A Convenção de Genebra sobre a Escravatura - 1926
Capítulo 11º	- A Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra - Genebra, 1929
Capítulo 12º	- A Carta das Nações Unidas
Capítulo 13º	- A Declaração Universal dos Direitos Humanos- 1948
Capítulo 14º	- A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio - 1948
Capítulo 15º -	- As Convenções de Genebra de 1949, sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos
Capítulo 16º -	- A Convenção Européia dos Direitos Humanos - 1950
Capítulo 17º -	- Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966
Capítulo 18º -	- A Convenção Americana de Direitos Humanos - 1969
Capítulo 19º -	- A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural - 1972
Capítulo 20º -	- A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos - 1981
Capítulo 21º -	- A Convenção sobre o Direito do Mar - 1982
Capítulo 22º -	- A Convenção sobre a Diversidade Biológica - 1992
Capítulo 23º -	- O Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998
Epílogo -	- A Humanidade no Século XXI: a Grande Opção

INTRODUÇÃO

SENTIDO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Situação do Homem no Mundo

O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito. Como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. E o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais.

Este livro procura mostrar como se foram criando e estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria.

Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo. Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana?

A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, no campo da religião, da filosofia e da ciência.

A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande Contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a idéia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao

contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, "são como a relva; ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar" (Salmo 103). No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre "os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra" (Gênesis 1, 26). A cada um deles o homem deu um nome (2, 19), o que significa, segundo velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante¹. É o que o Salmo 8 exprimiu em forma cintilante:

"Quando vejo o céu, obra dos teus dedos,
a lua e as estrelas que fixaste,
que é um mortal, para dele te lembrares,
e um filho de Adão, que venhas visitá-lo?
E o fizeste pouco menos do que um deus,
coroando-o de glória e beleza.
Para que domine as obras de Tuas mãos
sob seus pés tudo colocaste:
ovelhas e bois, todos eles, e as feras do campo também;
as aves do céu e os peixes do oceano
que percorrem as sendas dos mares"

Mais tarde, com a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, pôe-se nova justificativa para a sua eminente posição no

mundo. A sabedoria grega expressou-a com

1. Para os antigos, com efeito, o nome exprime a essência do ser. Um homem sem nome é insignificante, em todos os sentidos da palavra (Jó 30. 8): é como se não existisse (Eclesiastes 6, 10). O nome de Iahweh, pronunciado pelo sacerdote sobre o povo, protege-o (Números 6. 27). Daí a razão do 2º mandamento do decálogo mosaico: "Não pronunciarás em vão o nome de Iahweh teu Deus, pois Iahweh não deixará impune aquele que pronunciarem em vão o seu nome" (Deuteronômio 5. 11).

vigor, pela voz dos poetas e filósofos. Numa passagem do *Prometeu Acorrentado* (445-470) que marca a transição da explicação religiosa para a filosófica, Ésquilo põe na boca do titã as seguintes palavras:

"Ouça agora as misérias dos mortais e perceba como, de crianças que eram, eu os fiz seres de razão, capazes de pensar. Quero dizê-lo aqui, não para denegrir os homens, mas para lhes mostrar minha bondade para com eles. No início eles enxergavam sem ver, ouviam sem compreender, e, semelhantes às formas oníricas, viviam sua longa existência na desordem e na confusão. Eles desconheciam as casas ensolaradas de tijolo, ignoravam os trabalhos de carpintaria; viviam debaixo da terra, como ágeis formigas, no fundo de grotas sem sol. Para eles, não havia sinais seguros nem do inverno nem da primavera florida nem do verão fértil; faziam tudo sem recorrer à razão, até o momento em que eu lhes ensinei a árdua ciência do nascente e do poente dos astros. Depois, foi a vez da ciência dos números, a primeira de todas, que inventei para eles, assim como a das letras combinadas, memória de todas as coisas, labor que engendra as artes. Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou a um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asas de tecido, os quais permitem aos marinheiros correr os mares"

Na verdade, a indagação central de toda a filosofia é bem esta:

- Que é o homem? A sua simples formulação já postula a singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão. A característica da racionalidade, que a tradição ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano, revela-se sobretudo nesse sentido reflexivo, a partir do qual, como se sabe, Descartes deu início à filosofia moderna.

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos. Embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana.

Ora, apesar da aceitação geral das explicações darwinianas, vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem.

Os partidários do chamado "princípio antrópico"² reconhecem que os dados científicos não permitem afirmar (nem negar, aliás) que o mundo e o homem existem e evoluem em razão da vontade de um sujeito transcendente, que tudo criou e tudo pode destruir. O que esses cientistas sustentam, com bons argumentos, é que o encadeamento sucessivo das etapas evolutivas obedece, objetivamente, a uma orientação

finalística, inscrita na própria lógica do processo, e sem a qual a evolução seria racionalmente incompreensível. A transformação biológica dos homínidos, aliás, como hoje se reconhece, é um processo único e insuscetível de reprodução³. Nestas condições, é razoável aceitar-se, como postulado científico, que toda a evolução das espécies vivas se encaminhou aleatoriamente em direção ao ser

2. Cf. J. D. Barrow e F. J. Tipler. *The Anthropic Cosmological Principle*. Oxford University Press. 1986; Michael Denton. *Evolution: A Theory in Crisis*. Londres (Burnett). 1985; idem. *The Long Chain of Coincidence*. traduzido para o francês sob o título *L'évolution a-t-elle un sens?*. Paris (Fayard). 1997; J. Demaret e D. Lambert. *Le principe anthropique*. Paris (Armand Colin) 1994.

3. Cf. John C. Eccles. *Evolution of the Brain: Creation of the Self*. Routledge. Londres e Nova York. 1989. p. 217.

humano, como poderia, também de forma puramente aleatória, ter conduzido à degeneração e à morte universal?

Muito mais abstrusa que a explicação mitológica e religiosa tradicional parece, assim, a idéia de que o advento do ser humano na face da Terra seria o resultado de um estupendo acaso. Pois se a evolução avança sem rumo, como nave desbussolada através da História, esta nada mais seria, como exclamou o desespero de Macbeth, que *“a tale, told by an idiot, full of sound and fury, signifying nothing”*⁴. Se a humanidade ignora o sentido da Vida e jamais poderá discerni-lo, é impossível distinguir a justiça da iniquidade, o belo do horrendo, o criminoso do sublime, a dignidade do aviltamento. Tudo se identifica e se confunde, no magma caótico do absurdo universal, aquele mesmo abismo amorfo e tenebroso que, segundo o relato bíblico, precedeu a Criação.

Para a sabedoria antiga, aliás, a geração do mundo não tem apenas um sentido ontológico, com o nascimento dos diversos entes que o povoam. Ela exprime, antes, um sentido axiológico, com a organização de uma escala universal de valores, que vai aos poucos se explicitando.

É importante observar que, no relato bíblico da Criação, o mundo não surge instantaneamente, completo e acabado, das mãos do Criador. As criaturas vão-se acrescentando, umas às outras, como etapas de um vasto programa, simbolicamente ordenado na duração de um ciclo lunar. O primeiro casal humano só entra em cena na derradeira etapa do processo genesíaco, quando todos os demais seres terrestres já haviam sido engendrados. Na tradição eloísta⁵, o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Gn 1, 26-27). Já na tradição javista,

4. Ato V. cena V.

5. Segundo a teoria mais geralmente aceita, os cinco primeiros livros da Bíblia (o Pentateuco) procedem de quatro fontes distintas, amalgamadas no texto atual. A fonte javista, assim denominada porque nela Deus toma o nome de Iahweh, seria Originária do reino de Judá. A fonte eloísta, onde Deus é comumente designado Como Elohim, é originária de Israel.

diferentemente, "Deus modelou o homem com a argila do solo" - *“adamah”*, em hebraico, nome coletivo que passa a designar o primeiro ser humano, Adão (Gn 2, 7). A Bíblia apresenta, pois, o homem como situado entre o Céu e a Terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno.

Ora, a verdade - hoje indiscutível, de resto, no meio científico - é que o curso do processo de evolução vital foi substancialmente influenciado pela aparição da espécie humana. A partir de então, surge em cena um ser capaz de agir sobre o mundo físico, sobre o conjunto das espécies vivas e sobre si próprio, enquanto elemento integrante da biosfera. O homem passa a alterar o meio ambiente e, ao final, com a descoberta das leis da genética, adquire os instrumentos hábeis a

interferir no processo generativo e de sobrevivência de todas as espécies vivas, inclusive a sua própria. Na atual etapa da evolução, como todos reconhecem, o componente cultural é mais acentuado que o componente "natural". Até o aparecimento da linguagem, a evolução cultural foi quase imperceptível. A partir de então, no entanto, ou seja, a contar desse marco histórico decisivo, há cerca de 40.000 anos, a evolução cultural cresceu mais rapidamente do que nos milhões de anos que a precederam⁶. O homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza - por assim dizer, inacabada - ao mesmo tempo em que "hominiza" a Terra, tornando-a sempre mais dependente de si próprio.

Foi exatamente essa concepção do homem - demiurgo de si mesmo e do mundo em torno de si - que um jovem humanista italiano, Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concordia, apresentou em 1486 em famoso discurso acadêmico⁷,

6. Jared Diarmond. *The Rise and Fali of the Third Chirnpanzee*. citado por Christian de Duve (Prêmio Nobel). *Poussière de vie - Une histoire du vivant*, Paris (Fayard), 1996, 404.

7. *Oratio Ioannis Pici Miranduiæ Concordiæ Comitit. Cito da edição bilíngüe, latina e italiana, sob o título Discorso sulla Dignità dell'uomo, aos cuidados de Giuseppe Tognon, Brescia (Editrice La Scuola), 1987.*

Imaginou ele que o Criador, ao completar sua obra, havendo povoado a região supraceleste com puros espíritos e o mundo terrestre com uma turba de animais de toda espécie, vis e torpes, percebeu que ainda faltava alguém, nesse vasto cenário, capaz de apreciar racionalmente a obra divina, de amar sua beleza e admirar-lhe a vastidão.

A dificuldade, no entanto, é que já não havia um modelo próprio e específico para a composição desta última criatura. Todas as formas possíveis - de grau ínfimo, médio ou superior - haviam sido utilizadas e especificadas na criação dos demais seres. Decidiu então o Criador, em sua infinita sabedoria, que àquele a quem nada mais podia atribuir de próprio fosse conferido, em comum, tudo o que concedera singularmente às outras criaturas. Mais do que isso, determinou Deus que o homem fosse um ser naturalmente incompleto.

"Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder te entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não te fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores."

A sabedoria telúrica do Riobaldo, de *_Grande _Sertão: _Veredas*, exprimiu a mesma convicção, no doce falar dos Gerais:

"Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais. ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam".

Na verdade, a primeira reflexão do homem sobre si mesmo surgiu,

concomitantemente, em várias civilizações, num período decisivo da História.

O Período Axial e seus Desdobramentos

Numa interpretação que Toynbee considerou iluminant⁸, Karl Jaspers⁹ sustentou que o curso inteiro da História poderia ser dividido em duas etapas, em função de uma determinada época, entre os séculos VIII e II a. C., a qual formaria, por assim dizer, o eixo histórico da humanidade. Daí a sua designação, para essa época, de período axial (_Achszeit).

No centro do período axial, entre 600 e 480 A. C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsê e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse período.

O século VIII a. C. é apontado como o início do período axial¹⁰, não só porque é o século de Homero, mas sobretudo porque nele

8. Cf. Mankind and Mother Earth - A narrative history of the world. 1976 (Oxford University Press). p. 177.

9. Vom Ursprung und Ziel der Geschichte. 1ª ed. em 1949. 8ª ed. Munique/ Zurique IR. Piper & Co. Verlag 1983. p. 19-42.

10. Toynbee sustenta que o início desse período remontaria a c. 1060 da era pré-cristã. quando surgiram os primeiros profetas sírios. prováveis inspiradores dos profetas de Israel.

surgiram os profetas de Israel, notadamente Isaías, aos quais se deve a elaboração do autêntico monoteísmo. Até então, com efeito, a religião dos hebreus era, como já se disse, de certa maneira uma monolatria: só Iahweh podia ser adorado como Deus verdadeiro. mas a existência de outras divindades era, não raro, admitida.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.

No século V a. C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o "Século de Péricles"), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.

Nesse mesmo século, em Atenas, surgem concomitantemente a tragédia e a democracia, e essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual¹¹. A supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas? Não poderia ser outro senão o próprio homem. Mas como definir esse critério, ou, melhor dizendo, quem é o homem? Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão. A tragédia grega, muitos séculos antes da psicanálise, representou a primeira grande introspecção nos subterrâneos da alma humana, povoados de paixões, sentimentos e emoções, de caráter irracional e incontrolável. O homem aparece, aos seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão

humana.

11. Cf. Jacqueline de Romilly, *La Tragédie Grecque*, Paris (PUF), 1973, p. 14-5, e *Pourquoi la Grèce*, Paris (Éditions de Fallois), 1992, p. 185 s.

Na linha dessa tendência à racionalização, durante o período axial, as religiões tornam-se mais éticas e menos rituais ou fantásticas. Em lugar dos antigos cultos da natureza, ou da adoração dos soberanos políticos, busca-se alcançar uma esfera transcendental ao mundo e aos homens; ou então, como na China, desenvolve-se a veneração aos antepassados como modelos éticos para as novas gerações. Algumas idéias cardeais do ensinamento de Zaratustra - a imortalidade da alma, o Julgamento Final, a atuação divina sobre o mundo através do Espírito Santo - são assimiladas pelo judaísmo e, por intermédio deste, passam ao cristianismo e ao islamismo.

A fé monoteísta alcança em Israel sua expressão mais pura no século VI A.C. como Dêutero-Isaías, o autor anônimo dos capítulos 40 a 55 do Livro de Isaías. A relação religiosa torna-se mais pessoal e o culto menos coletivo ou indireto: a grande inovação é que os indivíduos podem, doravante, entrar em contato direto com Deus, sem necessidade da intermediação sacerdotal ou grupal. Enquanto isso, a força da idéia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações 12.

12. "Dias virão em que o monte da casa de lahweh será estabelecido no mais alto das montanhas e se alçará acima de todos os outeiros. A ele acorrerão todas as nações, muitos povos virão, dizendo: "Vinde, subamos ao monte de lahweh, à casa do Deus de Jacó, para que ele nos instrua a respeito dos seus caminhos e assim andemos nas suas veredas: Com efeito, de Sião sairá a Lei, e de Jerusalém, a palavra de lahweh. Ele julgará as nações, ele corrigirá a muitos povos. Estes quebrarão as suas espadas, transformando-as em relhas, e as suas lanças, a fim de fazerem podadeiras. Uma nação não levantará a espada contra a outra, nem se aprenderá mais a fazer guerra" (Isaías 2. 2-4, versão da Bíblia de Jerusalém).

O cristianismo, em particular, levou às últimas conseqüências o ensinamento ecumênico de Isaías, envolvendo-o na exigência de amor universal¹³.

Por outro lado, em meio à multidão dos mini-Estados e cidades-Estados da época, com culturas locais próprias e em perpétua guerra entre si, começam a ser tecidos laços de aproximação e compreensão mútua entre os diversos povos. Confúcio e Moti fundam as primeiras escolas, às quais acorrem alunos de todas as partes da China. Buda inicia seus longos périplos pelo vasto continente indiano. Os filósofos gregos viajam pela bacia do Mediterrâneo como exploradores e conselheiros de governantes. As primeiras escolas de filosofia instalam-se na Grécia, atraindo discípulos de toda a Hélade. Heródoto narra suas viagens, comparando os diferentes costumes e tradições dos povos, o que ensinou a compreensão da relatividade das civilizações.

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Vejamos como se foram elaborando historicamente esses conceitos.

A Pessoa Humana e seus Direitos

A idéia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, é de elaboração recente na História. Como observou um

13. Nos textos evangélicos, já foram discernidas pelo menos 24 citações do Livro de Isaías.

antropólogo¹⁴, nos povos que vivem à margem do que se convencionou classificar como civilização, não existe palavra que exprima o conceito de ser humano: os integrantes do grupo são chamados "homens", mas os estranhos ao grupo são designados por outra denominação, a significar que se trata de indivíduos de uma espécie animal diferente.

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social. Soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípides na peça *As Suplicantes* (versos 434-437), "uma vez escritas as leis, o

14. Claude Lévy-Strauss. *Anthropologie structurale* deux, Paris (Plon), 1973. p. 383-4.

fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande".

Mas, ao lado da lei escrita (*_nomos_êngraphon*), havia também entre os gregos uma outra noção de igual importância: a de lei não escrita (*_nomos_ágraphon*). Tratava-se, a bem dizer, de noção ambígua, podendo ora designar o costume juridicamente relevante, ora as leis universais, originalmente de cunho religioso, as quais, sendo regras muito gerais e absolutas, não se prestavam a serem promulgadas no território exclusivo de uma só nação¹⁵.

É neste último sentido que a expressão "leis não escritas" é usada na *Antígona* de Sófocles. com o acréscimo do adjetivo "divinas". Sem dúvida, a proibição de se enterrarem os cadáveres dos cidadãos que se haviam revoltado contra o governo. com a cominação da pena de morte para o transgressor, era um simples decreto (*_psefisma*) de Creonte, não uma lei autêntica (*_nomos*), votada pelo povo: muito embora Sófocles, sem dúvida ignorante dessa distinção técnica, empregue sempre a palavra *_nomos*. Mas a oposição substancial, denunciada por Antígona diante do tirano, continuaria a mesma, caso se tratasse realmente de uma lei:

"Sim, pois não foi Zeus que a proclamou (a "lei" de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos: não, essas não são as leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens. e eu

15. Cf. Xenofonte, *Memorabilia*. IV, iv. 19-22: "Você sabe o que significa lei não escrita. Hípias? - Sim, aquelas leis que são uniformemente observadas em todos os países. - Pode-se dizer que foram os homens que as fizeram? - Não. pois como poderia ser assim. se a humanidade não pode se reunir em assembléia e se todos os homens não falam a mesma língua? - Então, quem as teria feito, a seu ver? - Penso que os deuses fizeram essas leis para os homens. pois a primeira lei a ser observada pelos homens é a de adorar os deuses".

não imaginava que as tuas proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por temor de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis?" (versos 450-460).

Nas gerações seguintes, o caráter essencialmente religioso dessas "leis não escritas" foi sendo dissipado. Em Aristóteles, elas são chamadas "leis comuns", reconhecidas pelo consenso universal, por oposição às "leis particulares", próprias de cada povo¹⁶. Foi nessa acepção de leis comuns a todos os povos que os romanos adotaram a noção grega de leis não escritas, com a expressão¹⁷ *_ius _gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos

Descartado o fundamento religioso, foi preciso encontrar outra justificativa para a vigência dessas leis universais, aplicáveis portanto a todos os homens, em todas as partes do mundo. Para os sofistas e, mais tarde, para os estóicos, esse outro fundamento universal de vigência do direito só podia ser a natureza (*_phvsis*).

No "século de Péricles", Antifonte (480 - 411 A. C.)¹⁸ fundou-se sobre a existência de uma igual natureza para todos os homens, em sua crítica à divisão da humanidade em gregos e bárbaros, aqueles obyiamente superiores a estes:

"[...] os que descendem de ancestrais ilustres, nós os honramos e veneramos; mas os que não descendem de uma família ilustre, não honramos nem veneramos.

16. Retórica. 1. 1368 b.

17. *Ius gentium est quo gentes humanae utuntur* (Ulpiano, *Digesto* 1. 1. 4).

18. Segundo toda a probabilidade, o sofista Antifonte parece ser o grande orador e professor de retórica elogiado por Tucídides (*A Guerra do Peloponeso*. VIII. 68).

Nisto, somos bárbaros, tal como os outros, uma vez que, pela natureza, bárbaros e gregos somos todos iguais. Convém considerar as necessidades que a natureza impõe a todos os homens; todos conseguem prover a essas necessidades nas mesmas condições; no entanto, no que concerne a todas essas necessidades, nenhum de nós é diferente, seja ele bárbaro ou grego: respiramos o mesmo ar com a boca e o nariz, todos nós comemos com o auxílio de nossas mãos [...]"¹⁹.

Em outros autores gregos, a igualdade essencial do homem foi expressa mediante a oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercidas na vida social. Essa função social designava-se, figurativamente, pelo termo *_prósopon*, que os romanos traduziram por *_persona*, com o sentido próprio de rosto ou, também, de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem.

No diálogo *_Alcibíades*, por exemplo, o Sócrates de Platão procura demonstrar que a essência do ser humano está na alma, não no corpo nem tampouco na união de corpo e alma, pois o homem serve-se de seu corpo como de um simples instrumento. De onde se segue que a individualidade de cada ser humano não pode ser confundida com a sua aparência, estampada no rosto (*_prósopon*):

"- *_Sócrates*: Ah! estou vendo, era isto que, há pouco, dizíamos: que Sócrates, servindo-se da palavra, fala com Alcibíades; que ele não se dirige ao teu rosto (*_ou _pros _to _son _prósopon*), mas ao próprio Alcibíades. Ora, tu és a tua alma!" (130, e).

19. Tradução do fragmento intitulado *Da Verdade*, XLIV, B, publicado em *Les Présocratiques*, *biibliothèque de la Pléiade*, Paris (Gallimard), 1988, p. 1107-8: texto grego e tradução alemã em Hermann Diels e Walther Kranz. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. v. 2. Zúrique (Weidmann). 1996, p. 352-3.

A oposição entre a máscara teatral (papel de cada indivíduo na vida social) e a essência individual de cada ser humano - que veio a ser denominada com o termo *_personalidade* - foi, em seguida, longamente discutida e aprofundada pelos estóicos.

A filosofia estóica desenvolveu-se durante seis séculos, desde o momento em que Zenão de Cítio começou a ensinar em Atenas, em 321 A. C., até a segunda metade do século III da era cristã. Mas os seus princípios permaneceram em vigor durante toda a Idade Média e mesmo além dela.

Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Foi justamente para explicar essa unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal, ou das atividades que cada qual exerce na sociedade, que os estóicos lançaram mão dos conceitos de *_hypóstasis* e de *_prósopon*. O primeiro, correlato de *_ousía*, que na língua latina traduziu-se por *_substantia*, significava o substrato ou suporte individual de algo. Epicteto pôde assim dizer, numa das suas lições de vida²⁰:

"Lembra-te que és ator de um drama, breve ou longo, segundo a vontade do autor. Se é um papel (*_prósopon*) de mendigo que ele te atribui, mesmo este representa-o com talento; da mesma forma, se é o papel de coxo²¹, de magistrado, de simples particular. Pois cabe-te

representar bem o personagem (_prósopon) que te foi confiado, pela escolha de outrem".

20. Manual. XVII.

21. É de se lembrar que Epicteto era coxo.

Em outra passagem de sua obra, ele reafirma a idéia de que o papel dramático que cada um de nós representa na vida não se confunde com a individualidade pessoal:

"Haverá um tempo em que os atores trágicos acreditarão que suas máscaras (_prósopa), seus calçados²², suas roupas, são eles mesmos. Homem, tu nada mais és aqui do que matéria para a tua ação e teu papel (_prósopon) a desempenhar. Fala um pouco para se ver se és um ator trágico ou cômico; pois, exceto a voz, tudo o mais é comum a um e outro; e se lhe tiramos os calçados e a máscara (_prósopon), se ele se apresenta em cena com a sua própria individualidade, o ator trágico desaparece ou sobrevive ainda? Se ele tem a voz correspondente (a esse papel), sobrevive"²³.

Na tradição bíblica, Deus é o modelo de pessoa para todos os homens. Sem dúvida, o cristianismo, proclamando o dogma da Santíssima Trindade (três pessoas com uma só substância), quebrou a unidade absoluta e transcendental da pessoa divina. Mas, em compensação, Jesus de Nazaré concretizou na História o modelo ético de pessoa, e tomou aos homens mais acessível a sua imitação.

Não foi somente este, porém, o ponto de ruptura do cristianismo com o judaísmo. A partir da pregação de Paulo de Tarso, o verdadeiro fundador da religião cristã enquanto corpo doutrinário, passou a ser superada a idéia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro. Algumas passagens dos

22. Na tragédia grega, os atores usavam calçados altos - o coturno - e, na comédia, calçados baixos, chamados soco. De onde a designação metonímica da tragédia e da comédia por esses dois tipos de sapato. "Matéria é de coturno e não de soco", disse Camões em Os Lusíadas (canto X. estrofe VIII). referindo-se à epopéia marítima portuguesa.

23. Discursos. Livro 1, cap. XXIX. 41 a 43.

Evangelhos demonstram o inconformismo de Jesus com essa concepção nacionalista da religião²⁴. São Paulo levou o universalismo evangélico às últimas conseqüências, ao afirmar que, diante da comum filiação divina, "já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher"²⁵.

Mas essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco. No famoso debate que o opôs a Bartolomeu de Las Casas, no concílio de Valladolid em 1550, perante o imperador Carlos V, Juan Ginés de Sepúlveda sustentou que os índios americanos eram "inferiores aos espanhóis, assim como as crianças em relação aos adultos, as mulheres em relação aos homens, e até mesmo, pode-se dizer, como os macacos em relação aos seres humanos".

De qualquer forma, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. Competia, portanto, aos teólogos aprofundar a idéia de uma natureza comum a todos os homens, o que acabou sendo feito a partir dos conceitos desenvolvidos pela filosofia grega.

A primeira grande discussão conceitual entre os doutores da Igreja, no entanto, não ocorreu a respeito do ser humano, e sim da identidade de Jesus Cristo. No primeiro concílio ecumênico, reunido em Nicéia em 325, cuidou-se de decidir sobre a

24. Notadamente, a cura do criado de um centurião romano (Mt 8, 10-12: Lc 13, 28-29) e a parábola dos vinhateiros homicidas (Mt 21, 43).

25. Epístola aos Gálatas 3, 28.

ortodoxia ou heterodoxia de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (daí o nome de monofisitas atribuído aos partidários dessa crença), e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo portanto uma natureza consubstancial a este. Os padres conciliares reconciliaram, para a solução da controvérsia, aos conceitos estoicos de *hypóstasis* e *prósopon*, decidindo, como dogma de fé, que a *hypóstasis* de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa, vale dizer, numa só aparência²⁶.

A segunda fase na história da elaboração do conceito de pessoa inaugurou-se com Boécio, no início do século VI. Seus escritos influenciaram profundamente todo o pensamento medieval. Ao rediscutir o dogma proclamado em Nicéia, Boécio identificou de certa forma *prósopon* com *hypóstasis*, e acabou dando à noção de pessoa um sentido muito diverso daquele empregado pelo Concílio. Em definição que se tomou clássica, entendeu Boécio que *persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia* ("diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional")²⁷. Aqui, como se vê, a pessoa já não é uma exterioridade, como a máscara de teatro, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico; ou seja, a forma (ou fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. A substância é a característica própria de um ser, isto é, como se dizia em linguagem escolástica, a sua *quidditas*²⁸. A definição boeciana de pessoa foi integralmente

26. Daí por que a expressão *persona humana*, nessa concepção religiosa do mundo, não é um pleonasma.

27. *De duabus naturis et una persona Christi*, 3 P, L., 64, col. 1345.

28. Aristóteles conceituou negativamente a substância (*ousía*) como "o que não é predicado de um sujeito, pois é dela, bem ao contrário, que tudo mais é predicado": *Metafísica Livro Z*, 3, 1029 a. 5-10.

adotada por Santo Tomás na *Summa Theologiae*, com expresse recurso aos conceitos de *substantia* ou *hypóstasis*²⁹. Para ele, o homem seria um composto de substância espiritual e corporal³⁰.

Foi, de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou

grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica; ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *_avant la lettre*. No *_Decretum* (Dist. 9, cânon 1), Graciano, o pai do direito canônico, afirmou que "as normas positivas, tanto eclesiásticas quanto seculares, uma vez demonstrada a sua contrariedade com o direito natural, devem ser totalmente excluídas".

A terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana.

O primeiro postulado ético de Kant³¹ é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de

29. *_Summa Theologiae, Prima Pars, quaestio 29 a.1: substantia, in definitione personae ponitur pro substantia prima, quae est hypostasis*
(substância, na definição de pessoa, significa substância primária, ou seja, a *_hypóstasis*).

30. Op. cit., *_Prima Pars, quaestio 75*.

31. Cf. a sua obra *_Fundamentos para a Metafísica dos Costumes* (*_Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*), que é uma introdução à *_Crítica da Razão Prática* (*Kritik der praktischen Vernunft*).

leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (*_Gebot*) e se formula por meio de um imperativo. Segundo o filósofo, há duas espécies de imperativo. De um lado, os hipotéticos, que representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico, que representa uma ação como sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela.

Ora, o princípio primeiro de toda a ética é o de que "o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, *_não simplesmente como meio* do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante"³². E prossegue: "Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre í"³³.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem *_dignidade e não um preço*, como as coisas. A humanidade

32. As palavras sublinhadas são do texto original.

33. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edição crítica da Felix Meiner Verlag, de Hamburgo, 1994, p. 51.

como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma³⁴.

Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico - "age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral"³⁵.

A oposição ética entre pessoas e coisas, sustentada por Kant, alarga e aprofunda a tradicional dicotomia, herdada do direito romano, entre *personae* e *res*. Nas *Institutas* de Gaio (1, 8), por exemplo, o direito é classificado, em sua totalidade, em função de três categorias: pessoas, coisas e ações: "*omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*" ("todo o direito de que usamos ou respeita às pessoas, ou às coisas, ou às ações"). Mas o jurisprudente acrescenta, imediatamente (1, 9), que a *summa divisio* do direito pertinente às pessoas é entre homens livres e escravos ("*Et quidem summa divisio de iure persona rum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*").

A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente no século XX³⁶. Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados

34. *Im Reiche der Zwecke har alies entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Pres hat, an dessen Stelle kann auch elwas anderes als Äquivalent gesetzr werden; was dagegen über alien Preis erhaben ist, mithin kein Aquivalent verstattet, das har eine Würde*" (op.cit.,p.58).

35. *Handie nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kann si, dass sie em aligemeines Gesetz werde* (op. cit., p. 42).

36. Cf., abaixo, o capítulo 10^o.

cometidos contra os bens alheios³⁷. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus³⁸.

A criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o Gulag soviético e o Lager nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos³⁹. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era,

sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E, nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.

Analogamente, a transformação das pessoas em coisas realizou-se de modo menos espetacular, mas não menos trágico,

37. Op. cit., p. 52-3.

38. " _Denn _das _Subjekt, _welches _Zweck _an _sich _selbst _ist, _dessen _Zwecke _müssen, _wenn _jene _Vorstellung _bei mir _alie _Wirkung _tun _sou, _auch _soviel _möglich _meine _Zweckesein" (op. cit., p. 53).

39. Leia-se, a esse respeito, o relato lúcido de Primo Levi. Se questo è un uomo. Turim, Einaudi, 1958 e 1976.

com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção, Como denunciou Marx, ele implica a reificação (_Verdinglichung) das pessoas; ou melhor, a inversão completa da relação pessoa-coisa. Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica de propaganda de massa, em mero objeto de direito. E a engenharia genética, por sua vez, tomou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem⁴⁰.

Por outro lado, a idéia de que o princípio do tratamento da pessoa como fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XXII a XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Pois bem, a afirmação por Kant do valor relativo das coisas, em contraposição ao valor absoluto da dignidade humana, já prenunciava a quarta etapa histórica na elaboração do conceito de pessoa, a saber, a descoberta do mundo dos valores, com a conseqüente transformação dos fundamentos da ética.

40. Cf., sobre este assunto, a tese de Roberto Andorno, _La _distinction _juridique _entre _les _personnes _et _les _choses _à _l'épreuve _des _procréations _artificielles, Paris. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. 1996.

41. Cf. o capítulo 13^o desta obra.

O homem é o único ser, no mundo, dotado de vontade, isto é, da capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade do instinto. "Conheço bem o homem, diz Deus, Fui eu que o fiz. É um ser curioso, Porque nele atua a liberdade, que é o mistério dos mistérios"⁴².

É sobre o fundamento último da liberdade que se assenta todo o universo axiológico, isto é, o mundo das _preferências _valorativas, bem como toda a ética de modo geral, ou seja, o mundo das _normas, as quais, contrariamente ao que sucede com as leis naturais, apresentam-se sempre como preceitos suscetíveis de consciente violação.

Graças ao pensamento inovador de Lotze, Brentano e Nietzsche, na segunda metade do século XIX, foi possível compreender que o bem e o mal não se encontram confinados nos objetos ou ações exteriores à nossa personalidade, mas resultam sempre de uma avaliação, isto é, da estima ou preferência que os bens da vida têm, na consciência de cada indivíduo. Tal não significa, porém, operar nessa matéria uma revolução de 180º, ou seja, transferir o mundo dos valores, inteiramente, da realidade objetiva para a consciência subjetiva. O que a axiologia revelou foi uma inter-relação sujeito-objeto, no sentido de que cada um de nós aprecia algo, porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor.

Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, não é menos verdade que a avaliação individual dos bens da vida varia enormemente. Ora, isto exige, como condição da convivência humana harmoniosa, o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores. Os bens ou ações

42. Charles Péguy, *Le Mystère des Saints Innocents*.

humanas não se organizam, apenas, numa oposição primária de valores e contravalores. Existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou que representam contravalores mais acentuados que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana.

Em suma, a quarta etapa na compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas⁴³.

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

Por outro lado, o conjunto dos direitos humanos forma um sistema, correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.

Em qualquer hipótese, no interior de cada sistema jurídico essa organização hierárquica dos direitos humanos impõe, para a solução dos litígios, a exigência de um juízo axiológico ponderado, em função das circunstâncias do caso concreto: - A preferência deve ser dada, no caso, ao valor da intimidade pessoal, ou

43. Como observou Aristóteles, a verdadeira felicidade é fruto da virtude. Daí por que não se pode dizer, com propriedade, que um animal

ou uma criança sejam felizes (Étymica a Nicômaco, 1099b. 30 e s.).

ao da dignidade do cargo público ocupado? O comportamento privado dos governantes deve sempre ser divulgado pelos meios de comunicação de massa, sem se considerar o valor da intimidade ou da honra pessoal? É o que a técnica jurídica germânica denomina *Güter Abwägung* e a anglo-saxônica, *balancing*.

A quinta e última etapa na elaboração do conceito de pessoa abriu-se no século XX, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista.

Reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. Confirmando a visão da filosofia estoica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis. Como bem salientou Heidegger, é sempre possível morrer em lugar de outro; mas é radicalmente impossível assumir a experiência existencial da morte alheia⁴⁴.

Por outro lado, e em aparente contraste com essa afirmação da unicidade da pessoa humana, o pensamento filosófico do século XX pôs em foco a realidade essencialmente relacional da vida, já implicada, de certa forma, no interrelacionamento sujeito-objeto, revelado pela teoria axiológica. A definição abstrata do homem, desligado do mundo, é mero *flatus*

44. *Sem und Zeit*, 17^a ed., Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1993, p. 240.

*vocis*⁴⁵. O que existe como realidade segura, salientou Ortega y Gasset em ensaio publicado em 1914 ⁴⁶, não são as coisas exteriores, tal como o Eu as vê e pensa; nem o Eu cartesiano e idealista, que enxerga e interpreta o mundo exterior em função de si próprio. A realidade radical é a pessoa imersa no mundo: *yo soy yo y mi circunstancia*, entendendo-se como circunstância, no sentido do étimo latino, aquilo que envolve e impregna minha vida, e sem o que ela seria propriamente inconcebível. Heidegger, na mesma linha de pensamento, dá como característica essencial da pessoa o "ser-no-mundo" (*in-der-Welt-sein*)⁴⁷.

A biologia contemporânea veio, aliás, demonstrar que a modelação do complexo cerebral do homem produz-se sobretudo após o nascimento e representa um produto do meio social. Contando com um estoque fantástico de mais de cem bilhões de neurônios, cada qual com dez mil conexões ou sinapses em média, nosso cérebro passa por uma intensa modificação logo nos primeiros anos de vida: os neurônios considerados inúteis vão desaparecendo à razão de centenas de milhares por dia, ao mesmo tempo em que se realiza um gigantesco desenvolvimento do sistema de conexões, graças aos contatos do recém-nascido com o meio ambiente⁴⁸.

Por último, a reflexão filosófica contemporânea salientou que o ser do homem não é algo de permanente e imutável: ele é, propriamente, um *vir-a-ser*, um contínuo *devir*⁴⁹. E isto, por duas razões.

45. Na Crítica da Filosofia do Direito de Hegei, já o jovem Marx, servindo-se de expressões existencialistas ante litteram, havia afirmado que "o homem não é um ser abstrato, acororado fora do mundo. O homem é o mundo do homem, o Estado, a sociedade" ("Aber der Mensch, das ist kein abstraktes, ausser der Welt hockendes Wesen. Der Mensch, das ist die Weit des Menschen, Staat, Sozietät").

46. Meditaciones dei Quijote.

47. Op. cit., §§ 12 e 13, p. 52 e s.

48. Cf. Jean-Paul Lévv. La Fabrique de l'Homme. Paris. Editions Odile Jacob, 1997, p. 194 e s.

49. Certes. anotou Montaigne logo no primeiro capítulo de seus Ensaios, c'est un subject merveilieusement vain, divers, ei ondovant, que l'homme.

Em primeiro lugar, porque a personalidade de cada ser humano é moldada por todo o peso do passado. Não é indiferente, para visualizar a mentalidade de alguém, situá-lo no momento histórico em que viveu: cada um de nós já nasce com uma visão de mundo moldada por todo um passado coletivo, carregado de valores, crenças e preconceitos. Sob este aspecto, por conseguinte, é impossível aplicar à pessoa humana a noção de natureza (_physis), forjada pela filosofia grega, na medida em que, segundo a interpretação tradicional, ela refere-se sempre a algo permanente e imutável⁵⁰.

A ciência contemporânea, aliás, afasta-se sempre mais do pressuposto de equilíbrio estável, que dominou toda a teoria físico-química no passado. Reconhece-se, hoje, a função primordial do tempo irreversível na natureza, muito diferente do tempo reversível da física teórica, e, por conseguinte, a função decisiva das flutuações e da instabilidade. As leis naturais exprimem, assim, antes possibilidades do que determinismos necessários. Em todos os níveis, da cosmologia à vida social, passando pela geologia e a biologia, o caráter evolutivo da realidade afirma-se sempre mais claramente. Ou seja, a ordem no universo só pode ser mantida por meio de um processo incessante de auto organização, com a permanente adaptação ao meio ambiente⁵¹.

Ademais, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado,

50. É verdade que, na longa discussão que consagrou à análise do conceito de physis, em sua Metafísica (Livro A. 4). Aristóteles acaba se fixando naquele que considera o "sentido primeiro e fundamental" da palavra, a saber, "a substância dos seres que têm, em si mesmos e enquanto tais, o princípio de seu movimento" (1015a, 10). É, portanto, uma noção que se aplica, unicamente, aos seres vivos, e que não exclui a possibilidade de uma automudança, base de toda a evolução vital.

51. Sobre todo este argumento científico, cf. o livro de ilva Prigogine, prêmio Nobel de química, La Fin des Certitudes - Temps, Chaos ei les Lois de la Nature, Paris, Editions Odile Jacob, 1996.

uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser. Retomando a idéia expressa no apólogo de Pico de la Mirandola⁵², Heidegger salienta que o ser humano apresenta essa característica singular de um permanente inacabamento (_eine _stündige _Unabgeschlossenheit)⁵³. Nesse sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega,

medieval e moderna. Lembremo-nos de que, para Boécio, a pessoa seria a substância individual da natureza racional. E Descartes, em seus *Principia Philosophiae* (1, 51), afirma que "por substância não podemos entender outra coisa, senão algo que existe de tal maneira que nada lhe falte para existir" (*per substantiam nihil aliud intelligere possumus, quam rem quae ita existit, ut nulla alia re indigeat ad existendum*). Nesse sentido, como disse Ortega y Gasset⁵⁴, o homem não é, ontologicamente falando, um ser suficiente mas, bem ao contrário, radicalmente indigente.

A ciência veio confirmar essa visão filosófica. A descoberta da estrutura do DNA (ácido desoxirribonucléico) por Watson e Crick, em 1953, revelou que cada um de nós carrega um patrimônio genético próprio e, salvo no caso de gêmeos homozigóticos, um patrimônio genético único. Sucede que a esse primeiro molde da personalidade individual deve ainda ser acrescida, como fator de diferenciação, a influência conjugada do meio orgânico, do meio social e do próprio indivíduo sobre si próprio⁵⁵. O homem é o único primata cuja gestação, por causa do tamanho da caixa craniana, não pode ser levada ao seu termo

52. Cf., supra, p. 6.

53. Op. cit., p. 236.

54. Sobre la Razón Historica, Madri, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, p. 97.

55. Cf. Albert Jacquard, *L'héritage de la liberté- de l'animaité à l'humanité*. Paris, Éditions du Seuil, 1991.

biológico, pois o cérebro humano triplicou de tamanho no espaço de alguns milhões de anos⁵⁶.

Por outro lado, no quadro do evolucionismo, observou-se que, diferentemente das outras espécies vivas, a humanidade não evoluiu apenas no plano biológico, mas também no plano cultural, e que, graças a essa dimensão cultural, já se abriu ao ser humano a possibilidade de interferir sobre a evolução biológica de todas as espécies vivas, inclusive a sua⁵⁷.

As conseqüências desta última etapa na elaboração do conceito da pessoa humana, para a teoria jurídica em geral e para o sistema de direitos humanos em particular, são da maior importância.

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte. O homicídio voluntário do criminoso pelo Estado, ainda que ao cabo de um processo judicial regular, é sempre um ato eticamente injustificável, e a consciência jurídica contemporânea tende a considerá-lo como tal⁵⁸.

No tocante à vital dependência em que se encontra a humanidade em relação ao meio ambiente, é confortador assinalar os últimos desenvolvimentos do direito ecológico, notadamente a Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992".

56. Cf. Christian de Duve, op. cit., p. 391.

57. É o que está na base do chamado "princípio antrópico", sustentado por uma corrente científica contemporânea. Cf., supra, nota 1.

58. Cf., no capítulo 17º, abaixo, o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de

1966, tendente a abolir a pena de morte.

59. Cf. o capítulo 22º desta obra.

Por derradeiro, deve-se observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos, tomando portanto sem sentido a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do Estado não há direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 60. condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu art. VI. que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa.

Nem por isso, no entanto, os problemas ético-jurídicos foram eliminados. Ao contrário, o avanço tecnológico não cessa de criar problemas novos e imprevisíveis, à espera de uma solução satisfatória, no campo ético. Se todo ser humano deve ser havido, em qualquer lugar e circunstância, como pessoa. e em razão disso protegido pela ordem jurídica. a partir de que momento, precisamente, deve-se reconhecer a existência de um homem? Desde a fecundação do óvulo pelo esperma? 61 A partir de duas semanas após a concepção, como dispõe uma lei britânica? Ou apenas pelo nascimento com vida? No juízo da ética e do direito, o aborto intencional equivale a um homicídio?

Nessa mesma ordem de interrogações, não se pode deixar de indagar se o embrião concebido fora do meio uterino deve

60. Cf. o capítulo 13º, abaixo.

61. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 42, § 12: "Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei e, em geral, desde o momento da concepção. Cf., infra, o capítulo 18".

ser tido como pessoa, para efeito de proteção jurídica. A medicina já domina há várias décadas, como sabido, a técnica de fecundação _in vitro, para posterior implantação do óvulo fecundado no útero da própria mãe, ou de outra mulher. Nenhum obstáculo técnico existe ao emprego desse processo de fecundação artificial. para a produção em série de embriões humanos, a serem utilizados, por exemplo, como matéria-prima da indústria de cosméticos, ou, numa perspectiva menos indigna, como material de pesquisa científica.

Os progressos da engenharia genética, ademais, já prenunciam a viabilidade de uma manipulação do genoma para se obter aquilo que os cientistas angiófonos denominam _enhancement, isto é, uma melhoria genética germinal, numa perspectiva eugênica: a criação de uma linhagem de homens e mulheres considerados mais belos, ou dotados de maior capacidade esportiva, ou com memória mais desenvolvida, por exemplo 62. Da mesma sorte, os avanços tecnológicos permitem a realização, desde já, de operações de clonagem humana, seja para efeitos terapêuticos (tratamento de doenças neurodegenerativas mediante implantação de células geneticamente "limpas"), seja para a reprodução de gêmeos, tanto de indivíduos em vida quanto já mortos.

Em todas essas hipóteses, como fica o princípio kantiano de que a pessoa humana não pode, jamais, ser utilizada como meio para a consecução de uma finalidade qualquer, mas deve sempre ser considerada

como um fim em si mesma? A partir de que momento surge um ser humano, cuja dignidade merece integral respeito?

Num aviso emitido em 1984, o Comitê Consultivo Nacional de Ética, da França, declarou que o embrião deve ser Considerado uma "pessoa humana potencial".

62. Cf. Axel Kalm *Et l'Homme dans tout ça?*, Paris, Nu édiions, 2000, p. 254 e s.

Por outro lado, na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada na 29ª sessão de sua conferência geral, em 1999, a UNESCO afirmou que "o genoma humano está na base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade". "Num sentido simbólico", acrescenta, "ele é patrimônio da humanidade" (art. 1º). "Cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, sejam quais forem suas características genéticas". sendo que "essa dignidade impõe a não-redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito do caráter único de cada um, bem como de sua diversidade" (art. 2º). A Declaração reconhece, ademais, a verdade científica de que "o genoma humano, pela sua natureza evolutiva, é sujeito a mutações". e que "ele encerra potencialidades que se exprimem diferentemente, de acordo com o meio ambiente natural e social de cada indivíduo, especialmente em razão do estado de saúde, das condições de vida, da nutrição e da educação" (art. 32).

A partir dessas premissas fundamentais, a Declaração da UNESCO tira algumas conclusões importantes.

A primeira delas é de que "o genoma humano, em seu estado natural, não pode servir à obtenção de ganhos pecuniários" (art. 4º): vale dizer, ele não pode ser objeto de apropriação para fins de exploração empresarial.

Ora, a locução adjetiva "em seu estado natural", constante desse artigo, enfraquece sobremaneira o alcance do princípio aí afirmado. Se a revelação das seqüências do genoma humano não pode ser objeto de patente industrial, pois ela representa simples descoberta e não uma invenção do engenho humano⁶³.

63. Já foram concedidas patentes, em vários países, sobre seqüências de genes humanos. Tais patentes, segundo a técnica do direito da propriedade intelectual, são insustentáveis, pois constituem descobertas científicas e não invenções do engenho humano.

poderíamos admitir, *a contrario sensu*, que o produto de uma manipulação genética é suscetível de proteção pelo sistema de propriedade intelectual? Em outras palavras, se a pessoa humana há de ser claramente distinguida das coisas, em qualquer circunstância, incluindo-se na categoria de coisas todos os animais; se, nessas condições, o homem não pode, sob pretexto algum, ser objeto de apropriação, haveria alguma razão ética capaz de justificar a utilização do genoma humano modificado como fonte de ganhos pecuniários, no sistema da propriedade industrial? Enfim, o genoma integra ou não a pessoa?

A segunda conclusão tirada pela Declaração da UNESCO sobre o caráter único de cada indivíduo, em razão da originalidade do seu genoma, é de que toda pesquisa, tratamento ou diagnóstico, tendo por objeto o genoma de um indivíduo, só pode ser efetuado após uma avaliação rigorosa e prévia dos seus riscos e vantagens potenciais, em conformidade com as prescrições da legislação nacional, e, em qualquer caso, com o consentimento prévio, livre e esclarecido do interessado,

ou, se este não está em condições de exprimir seu consentimento, com a autorização prevista pela lei e orientada pelo seu interesse superior (art. 5º).

Demais, "a confidencialidade dos dados genéticos, associados a uma pessoa identificável, conservados ou tratados para fins de pesquisa ou quaisquer outras finalidades, deve ser protegida nas condições previstas em lei" (art. 7º). Mas quem nos garante que o legislador saberá, em todas as circunstâncias, resistir às pressões do meio empresarial para o estabelecimento de um "fichário genético", no interesse das companhias de seguro, por exemplo?

Finalmente, assentou a Declaração em seu artigo 11 que as práticas contrárias à dignidade humana, tais como a Clonagem com a finalidade de reprodução de seres humanos, não devem ser permitidas: instando-se junto aos Estados e organizações internacionais competentes para a identificação

dessas práticas e a tomada, em nível nacional ou internacional, das medidas apropriadas.

Como se vê, entramos agora, na virada de século, por efeito da vertiginosa aceleração do progresso técnico a serviço da exploração capitalista, no turbilhão da grande crise de valores, cujo desfecho será discutido no epílogo deste livro.

Seja como for, se a pessoa - e não todo e qualquer indivíduo, como queria Protágoras⁶⁴ - é fonte e medida de todos os valores: ou seja, se o próprio homem, e não a divindade ou a natureza de modo geral, é o fundamento do universo ético, a História nos ensina que o reconhecimento dessa verdade só foi alcançado progressivamente, e que a sua tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de "permanente inacabamento" do ser humano, de que falou Heidegger.

Importa, pois, antes de tudo, refletir sobre os grandes momentos de afirmação da dignidade humana no curso da História.

As Grandes Etapas Históricas na Afirmação dos Direitos Humanos

No desenrolar da Guerra de Tróia, o sacrifício de Ifigênia pelo seu próprio pai, Agamenon, comandante da frota grega, representou, de certa forma, o paradigma da tragédia enquanto meio de se purificar a alma de suas paixões destruidoras. Agamenon pôs o seu êxito pessoal, como chefe guerreiro, acima

64. Com a sua fórmula célebre "o homem é a medida de todas as coisas (town pan thown chrematown me troo anthropos estl), da existência das coisas que são, e da não-existência das que não são" -, o grande sofista procurava assentar o total relativismo do conhecimento e do juízo moral. Haveria, portanto, uma verdade e uma justiça para cada indivíduo. Sócrates opôs-se vigorosamente a essa concepção, sustentando que a verdade e a justiça existem objetivamente, como realidades independentes dos indivíduos (cf. o Teéteto de Platão, 152 e s).

de uma pessoa. e não se tratava de uma pessoa qualquer, mas sim de sua própria filha. O remorso do crime cometido costuma doer como a supuração de uma ferida, e faz penetrar a sabedoria no coração dos homens. Na peça de Ésquilo, o coro faz o elogio supremo de Zeus, que logrou superar o orgulho desmedido (hybris) de seus antecessores, Urano e Cronos: "ele abriu aos homens os caminhos da prudência, ao dar-lhes por lei: _sofrer _para _compreender" (_tô _pathei _mathos)⁶⁵.

Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o

fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Além dessa chave de compreensão histórica dos direitos humanos, há outro fato que não deixa de chamar a atenção, quando se analisa a sucessão das diferentes etapas de sua afirmação: é o sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas.

Uma das explicações possíveis para isso parte da verificação de que o movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital. No plano da vida, como gostava de dizer o Padre Teilhard de Chardin, tudo que se eleva converge. A elevação progressiva das espécies vivas ao nível do ser humano foi seguida de um processo de convergência da humanidade sobre si mesma; ou seja, à biosfera geral sucede a antroposfera.

65. Agamenon, 177-179.

Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana: um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça.

A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.

Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio. A concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos. Por sua vez, sem a contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana: os diferentes grupos sociais permanecem distantes uns dos outros, desenvolvendo mais os fermentos de divisão do que os laços de colaboração mútua.

Contra o princípio da solidariedade ética da humanidade, costuma objetar-se com o postulado darwiniano da luta pela vida e da sobrevivência do mais apto. Trata-se, porém, de uma interpretação unidimensional e, por isso mesmo, singularmente empobrecedora do processo evolutivo. O próprio Darwin bem advertiu seus leitores sobre o fato de que a expressão *_struggle*

_for _Existence fora por ele usada em "sentido amplo e

metafórico, incluindo a dependência de um ser em relação a outro, bem como incluindo (o que é mais importante) não apenas a vida do indivíduo, mas o êxito em deixar descendentes"⁶⁶. Já se observou, de resto, que o processo de seleção natural deu mais vantagens biológicas aos grupos que cuidavam de seus membros não reprodutivos do que àqueles que abandonavam ou matavam os anciãos, pois a capacidade de reprodução global dos grupos altruístas via-se assim singularmente reforçada. Os velhos sempre constituíram um grande auxílio ao grupo, não só pelo fato de se ocuparem das crianças, liberando os demais adultos para a realização de outras tarefas, mas também pelo concurso de sua maior experiência a enfrentar as situações que põem em perigo a sobrevivência do grupo⁶⁷.

Seja como for, a solidariedade humana atua em três dimensões: dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, povos e nações, bem como entre as sucessivas gerações na História. Seu sentido ético foi bem marcado por Montesquieu, já na primeira metade do século XVIII:

"Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Eurôpa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime "⁶⁸

66. *The Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Presentation of Favored Races in the Struggle for Life*, Nova York, The Modern Library, 1993, p. 90.

67. Christian de Duve op. cit., p. 384. Sobre a solidariedade como fator de desenvolvimento social, veja-se o Relatório Mundial do Desenvolvimento das Nações Unidas, de 1999, capítulo 32.

68. *Mes Pensées*, em *Oeuvres Complètes*, Paris, Gallimard, v. 1, p.981.

Vejamos como se desenrolou esse processo de unificação da humanidade, com base na afirmação progressiva dos direitos humanos.

O reino davídico, a democracia ateniense e a república romana

A eclosão da consciência histórica dos direitos humanos só se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi o primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a. C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém.

Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a c. 963 a. C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o

delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.

Essa experiência notável de limitação institucional do poder de governo foi retomada no século VI a. C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prosseguiu no século seguinte, com a fundação da república romana.

A democracia ateniense funda-se nos princípios da preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo.

O sentido e a importância política que os gregos clássicos atribuíam ao *nomos* eram incomparavelmente mais amplos e profundos do que aqueles conferidos à lei moderna. Em sua essência, como definiu Aristóteles, o *nomos* é uma regra que emana da prudência (*phronesis*) e da razão (*noos*), não da simples vontade, seja do povo, seja dos governantes⁶⁹. Juridicamente, tratava-se muito mais de uma norma de nível constitucional do que de legislação ordinária.

Daí o respeito quase religioso que os gregos em geral, e não apenas os atenienses, votavam às suas leis. Numa passagem famosa de sua obra⁷⁰, Heródoto reporta o espantoso diálogo que o rei dos persas, Xerxes, teria tido com um antigo rei de Esparta. O soberano persa, prestes a invadir a Grécia, manifesta o profundo desprezo que lhe inspira aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas "todas igualmente livres e que não obedecem a um chefe único". O espartano retruca que, se os gregos são livres, a sua liberdade não é completa: "eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que os teus súditos a ti".

Na prosopopéia das leis, que Platão apresenta no *Críton*⁷¹, Sócrates imagina que, diante de sua eventual tentativa de se subtrair pela fuga à condenação à morte, pronunciada pelo povo de Atenas em aplicação de suas leis, estas o considerem triplamente culpado: por se revoltar contra elas, que permitiram, pela organização da família, que ele viesse ao mundo; que presidiram, em seguida, à sua educação; e, finalmente, porque, tendo

69. *Ética a Nicômaco*, X, 1180a, 12.

70. VII, 103 e 104.

71. 50, d-e.

ele se comprometido a obedecê-las, vinha assim quebrar perfidamente a sua promessa.

Efetivamente, na vida política ateniense, por mais de dois séculos (de 501 a 338 A. C.), o poder dos governantes foi estritamente limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pelo jogo complexo de um conjunto de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo.

Basicamente, a democracia ateniense consistiu na atribuição ao povo, em primeiro lugar, do poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em assembleia (a *Ekklesia*) as grandes decisões políticas: adoção de novas leis, declaração de guerra, conclusão de tratados de paz ou de aliança. Os órgãos do que chamamos hoje Poder Executivo eram, aliás, em Atenas, singularmente fracos: os principais dirigentes políticos, os estrategos, deviam ter suas funções confirmadas, todos os meses, pelo Conselho (*Boulê*).

O regime de democracia direta fazia ainda, em Atenas, com que a designação dos juizes se realizasse por sorteio, e o povo tivesse

competência originária para julgar os dirigentes políticos e os réus dos principais crimes. Mesmo nos processos que se desenrolavam perante os juizes oficiais, qualquer das partes tinha o direito de recorrer da sentença para um tribunal popular (_ephe^sis).

A soberania popular ativa completava-se com um correspondente sistema de responsabilidades. Era lícito a qualquer cidadão mover uma ação criminal (_apagogê) contra os dirigentes políticos, e estes, ao deixarem seus cargos, eram obrigados a prestar contas de sua gestão perante o povo. Pela instituição do _graphê _paranomôn, os cidadãos tinham o direito de se opor, na reunião da _Ekklesia, a uma proposta de lei violadora da constituição (_politéia) da cidade, ou, caso tal proposta já tivesse sido convertida em lei, de responsabilizar criminalmente o seu autor.

Já na república romana, a limitação do poder político foi alcançada, não pela soberania popular ativa, mas graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos. Escrevendo no segundo século antes de Cristo, o historiador grego Políbio não hesitou em atribuir a esse refinado mecanismo de _checks _and _balances a grandeza de Roma, que em menos de cinquenta e três anos lograra estender a sua dominação "à quase totalidade da terra habitada, fato sem precedentes"⁷².

Três eram as espécies tradicionais de regimes políticos, citados por Platão e Aristóteles: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Para Políbio, o gênio inventivo romano consistiu em combinar esses três regimes numa mesma constituição, de natureza mista: o poder dos cônsules, segundo ele, seria tipicamente monárquico; o do Senado, aristocrático; e o do povo, democrático. Assim é que o processo legislativo ordinário (para a edição das *leges latae*, também chamadas *leges rogatae*) era de iniciativa dos cônsules, que redigiam o projeto. O projeto passava em seguida ao exame do Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetido à votação do povo, reunido nos comícios.

Tanto os cônsules quanto os tribunos nunca exerciam isoladamente as suas funções. mas eram sempre nomeadas duas pessoas para o mesmo cargo. Se um desses altos funcionários não concordava com um ato praticado pelo outro, podia vetá-lo (_intercessio). O mesmo poder de veto foi atribuído aos tribunos da plebe, em relação às decisões tomadas pelos cônsules.

Foi esse "governo moderado" da república romana, muito mais do que a Constituição (puramente idealizada) da Inglaterra, que inspirou de fato Montesquieu na composição do Livro XI, capítulo VI, de sua obra famosa.

72. História, Livro VI, Cícero retoma em *De Re Publica*, pela boca de Cipião, esse elogio da organização política de Roma, muito superior aos regimes exclusivos de soberania ou poder supremo de um só, de poucos ou de todos os cidadãos (Livro I. 45 e 69: Livro II. 41 e 42: 56 a 58).

Baixa Idade Média

A democracia ateniense e a república romana foram destruídas pela vaga imperial que se estabeleceu a partir do século IV antes de Cristo: primeiro, com Alexandre Magno e em seguida com Augusto e seus sucessores. Com a extinção do império romano do Ocidente, em 453 da era cristã, teve início uma nova civilização, constituída pelo amálgama de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Era a

Idade Média.

Os historiadores costumam dividi-la em dois períodos, cuja linha de separação se situa na passagem do século XI ao século XII. Nessa época, volta a tomar corpo a idéia de limitação do poder dos governantes, pressuposto do reconhecimento, a ser feito somente alguns séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social - clero, nobreza e povo - no qual eles se encontrassem.

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na Península Ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215⁷³.

73. Cf. capítulo 12.

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estratos superiores da sociedade - o clero e a nobreza -, com algumas concessões em benefício do "Terceiro Estado", o povo.

Este último, aliás, passa a tomar contornos mais definidos com a ascensão social dos comerciantes, em razão da progressiva abertura das vias de comunicação marítima, após a longa dominação árabe sobre a bacia do Mediterrâneo. A margem dos castelos medievais, os burgos novos ou burgos de fora (*forisburgus*, termo do qual surgiu o *faubourg* do francês atual) tornam-se, rapidamente, os locais de concentração das grandes fortunas mercantis e os centros de irradiação do primeiro capitalismo. Foi nas cidades comerciais da Baixa Idade Média que teve início a primeira experiência histórica de sociedade de classes, onde a desigualdade social já não é determinada pelo direito, mas resulta principalmente das diferenças de situação patrimonial de famílias e indivíduos⁷⁴.

Os burgos novos tornaram-se, desde logo, o território da liberdade pessoal, e isto não apenas para a classe dos mercadores, doravante conhecidos como burgueses⁷⁵. Os servos da gleba, que logravam residir mais de ano e dia num burgo novo, desvinculavam-se de pleno direito das peias feudais: era uma espécie de usucapião da liberdade, calcado no regime posses-

74. Sobre este fato, vejam-se as considerações constantes do capítulo 12.

75. Cf., sobre isso, a límpida exposição de Henri Pirenne, *Histoire Economique et Sociale du Moyen Âge*, Paris (Presses Universitaires de France), 1963, capítulo II. Há tradução brasileira: *História Econômica e Social da Idade Média*. 5ª ed., São Paulo, Editora Mestre Jou, 1979.

sório dos bens materiais⁷⁶. O provérbio alemão diz tudo: o ar da cidade liberta (*_die _Stadtluft _macht _frei*).

Concomitantemente, entre os séculos XI e XIII, a Europa medieval viveu um período fecundo em invenções técnicas, que revolucionaram toda a estrutura produtiva⁷⁷.

No campo da produção agrícola, como fruto da racionalização difundida pelo movimento monástico, introduziram-se novas técnicas de irrigação, construíram-se canais de navegação, foram adotados o moinho d'água e o moinho de vento, a charrua, o pousio trienal do solo, o arreo peitoral de bois e cavalos. Foi também na Baixa Idade Média que surgiu no Ocidente a máquina-chave da era industrial moderna: não a máquina a vapor, como se poderia pensar, mas sim o relógio mecânico⁷⁸.

Na arte da navegação, foi igualmente na última fase da Idade Média que se inventaram as caravelas (sem as quais não teria havido a conquista do Extremo Oriente e a descoberta do Novo Mundo) e começaram a ser usadas no Ocidente as primeiras bússolas.

Na vida comercial, é de se assinalar a notável invenção do método de contabilidade por partidas dobradas, que permanece em vigor até hoje. É também desse mesmo período a criação de institutos jurídicos, sem os quais teria sido impossível a expansão do capitalismo e a revolução industrial do século XVIII: a

76. Em grande parte das legislações modernas, esse prazo tradicional de ano e dia distingue a "posse nova" da "posse velha". Cf. Código Civil brasileiro de 1916, art. 508; Código Civil alemão, §§ 861 e 862; Código Civil suíço, art. 929; Código Civil italiano, art. 1.170; Código Civil português, art. 1.282^o.

77. Houve mesmo quem localizasse nesse período histórico a ocorrência da primeira revolução industrial. Cf. Jean Gimpel, *La révolution industrielle du Moyen Âge*, Paris, Éditions du Seuil, 1975.

78. Lewis Mumford, *Técnica y Civilización*, Madri, Alianza e Editorial, 1971, p. 31.

letra de câmbio, as primeiras sociedades comerciais⁷⁹, o contrato de seguro marítimo.

Tudo isso, como é fácil perceber, exigia um mínimo de segurança e certeza na vida dos negócios. o que supunha a necessária limitação do tradicional arbítrio do poder político.

O século XVII

Foi realmente, todo ele, e não apenas a fase de transição para o século seguinte, um tempo de "crise da consciência europeia"⁸⁰, um a de profundo questionamento das certezas tradicionais. No mundo artístico e literário, eclodiu a "querela dos antigos e dos modernos". No campo político, a rebelião dos *_Levellers* e a revolta armada bem-sucedida de Oliver Cromwell contra a monarquia inglesa fizeram renascer as idéias republicanas e democráticas. Na ciência, enfim, a conjunção de três gênios de primeira grandeza - Pascal, Galileu e Newton - provocou uma verdadeira "revolução científica"⁸¹, no sentido que a palavra viria a adquirir em 1789⁸².

Durante os dois séculos que sucederam à era que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Foi a época em que se elaborou a teoria da monarquia absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos

ultracentralizadores.

79. Já no século XV, a Casa Medici, em Florença, criou o primeiro modelo histórico de empresa multinacional. Cf. o meu artigo "Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença", em *Direito Empresarial - Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 261 e s.

80. Paul Hazard. *La crise de la conscience européenne, 1685-1715*, Paris (Fayard), 1961.

81. A expressão foi difundida por Thomas S. Kuhn, em sua celebrada obra *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., The University of Chicago Press, 1970.

82. Cf. capítulos 3º e 5º.

A "crise da consciência européia" fez ressurgir na Inglaterra o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania, que o tempo se encarregou de realçar com tons épicos. Por outro lado, as devastações provocadas pela guerra civil reafirmaram o valor da harmonia social e estimularam a lembrança das antigas franquias estamentais, declaradas na *Magna Carta*. Generalizou-se a consciência dos perigos representados pelo poder absoluto.

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram tanto na realeza dos Stuart quanto na ditadura republicana do *Lord Protector*.

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *Bill of Rights* do final do século 17, não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstrata do que no texto da *Magna Carta*, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando, e muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado.

A instituição-chave para a limitação do poder monárquico e a garantia das liberdades na sociedade civil foi o Parlamento. A partir do *Bill of Rights* britânico, a idéia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas pelo menos de suas camadas superiores, começa a firmar-se como garantia institucional indispensável das liberdades civis⁸⁴.

83. Cf. capítulos 2º e 3º.

84. A noção de garantia institucional, como um mecanismo objetivo de organização do Estado, para a proteção das liberdades civis, foi elaborada pela doutrina jurídica alemã a partir de 1919. Sobre o assunto, cf. a ampla exposição de Klaus Stern. *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 11111. Munique (C. H. Beck), 1988. § 68.

A Independência Americana e a Revolução Francesa⁸⁵

"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, bem

como de procurar e obter a felicidade e a segurança.”

O artigo 1 da Declaração que "o bom povo da Virgínia⁸⁵ tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. E o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A "busca da felicidade", repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, 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.

Treze anos depois, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma idéia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º). Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948⁸⁶.

85. Ver capítulos 4º e 5º.

86. Cf. capítulo 13º.

A conseqüência 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. Ainda aí, a Declaração de Direitos de Virgínia deu o tom: "Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados (isto é, os governantes) são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele" (art. II).

Mas a democracia que ressurgiu nessa época nada tem que ver com a *demokratia* grega. Nesta, como explicou Aristóteles⁸⁷ o poder supremo (*_kyrion*) pertence ao *_demos*, que o exerce diretamente e nunca por meio de representantes. Ora, o *_demos* ateniense é composto, em sua grande maioria, de pequenos camponeses e artesãos, ou seja, de grupos de baixo poder econômico. É por isso que, no pensamento político grego, a democracia representa a exata antítese da oligarquia, em que o poder político supremo pertence à classe proprietária.

Em sentido contrário, a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *_ancien régime* - o clero e a nobreza - e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*_demos*), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da

87. *_Política* 1279b. 15-20.

democracia liberal - limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária - adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. São assim os chamados

direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participatiVo).

De qualquer modo, esse feito notável de geração dos primeiros direitos humanos e de reinstituição da legitimidade democrática foi obra de duas "revoluções", ocorridas em curto espaço de tempo, em dois continentes. Mas a mesma palavra foi empregada em acepções distintas e até mesmo contraditórias.

A chamada Revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da _Glorious _Revolution inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero - reinício muito bem simbolizado pela mudança de calendário.

Ademais, enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias européias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. E, efetivamente, o espírito da Revolução Francesa difundiu-se, em pouco tempo, a partir da Europa, a regiões tão distantes quanto o subcontinente indiano, a Ásia Menor e a América Latina.

Foi justamente no sentido francês, e não na acepção inglesa, que a transformação radical na técnica de produção econômica, causada pela introdução da máquina a vapor em meados

do século na Inglaterra, tomou o nome de Revolução Industrial. Ainda aqui, como se vê, as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista.

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos. ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um

comportamento disciplinado e o hábito da poupança.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848 88, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 89 e a Constituição de Weimar de 1919 90.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade reconheceu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada

88. Veja-se o capítulo 6º.

89. Cf. capítulo 8º.

90. Cf. capítulo 9º.

vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo.

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos

Ela teve início na segunda metade do século XIX e findou com a 2ª Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

No campo do chamado direito humanitário, que compreende o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por um conflito bélico, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864 91, a partir da qual se fundou, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. A Convenção foi revista, primeiro em 1907, a fim de se estenderem seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia), e a seguir em 1929, para a proteção dos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra)92.

O outro setor dos direitos humanos em que se manifestou essa tendência à internacionalização foi a luta contra a escravatura. O Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, estabeleceu, embora sem

efetividade, as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos. Ele foi seguido, em 1926, por uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro da Liga das Nações⁹³.

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a proteção do trabalhador assalariado passou também

- 91. Cf. capítulo 7º.
- 92. Cf. capítulo 11º.
- 93. Cf. capítulo 10º.

a ser objeto de uma regulação convencional entre os diferentes Estados. Até o início da 2ª Guerra Mundial, a OIT havia aprovado nada menos que 67 convenções internacionais, das quais apenas três não contaram com nenhuma ratificação. Várias delas, porém, foram ratificadas por mais de uma centena de Estados, como a Convenção n. 11, de 1921, sobre o direito de associação e de coalizão dos trabalhadores agrícolas (113 ratificações); a Convenção n. 14, de 1921, sobre descanso semanal nas empresas industriais (112 ratificações); a Convenção n. 19, de 1925, sobre igualdade de tratamento entre trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidentes do trabalho (113 ratificações); a Convenção n. 26, de 1928, sobre métodos para fixação de salários mínimos (101 ratificações); e a Convenção n. 29, de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório (134 ratificações)⁹⁴.

A evolução dos direitos humanos a partir de 1945

Ao emergir da I Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948⁹⁵, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de

94. Todas elas foram promulgadas no Brasil pelo Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957.

95. Cf. capítulo 13º.

genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU⁹⁶, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento.

Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos. Meio século após o término da 2ª Guerra Mundial, 21 convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, haviam sido celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais⁹⁷. Entre 1945 e 1998, outras 114 convenções foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.

Dois Pactos Internacionais, celebrados no quadro das Nações Unidas em 1966, compendiarão o conjunto dos direitos civis e políticos,

bem como os direitos econômicos, sociais e culturais⁹⁸. Em 1981, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos⁹⁹ reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como à paz e à segurança. Chegou-se enfim ao reconhecimento de que à própria humanidade, como um todo solidário, devem ser reconhecidos vários direitos: à preservação de sítios e monumentos, considerados parte integrante do patrimônio mundial¹⁰⁰, a

96. Cf. capítulo 14º.

97. Cf. *The United Nations and Human Rights 1945-1995*, Nações Unidas, Nova York, 1995.

98. Cf. capítulo 17º.

99. Cf. capítulo 20º.

100. Cf. a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, comentada no capítulo 19º desta obra.

comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho¹⁰¹, à preservação do equilíbrio ecológico do planeta¹⁰².

Stirge agora à vista o termo final do longo processo de unificação da humanidade. E, com isso, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: ou a humanidade cederá à pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente técnica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos enfim a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética.

Posição dos Direitos Humanos no Sistema Normativo

Por tudo o que se acaba de expor, não é difícil entender a razão do aparente pleonasma da expressão direitos humanos ou direitos do homem. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Mas como reconhecer a vigência efetiva desses direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade?

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*) Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e

101. Veja-se a Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, objeto do capítulo 21º desta obra.

102. Cf. a Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992, no capítulo 22º desta obra.

atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos¹⁰³.

Sem dúvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações

sociais. Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva.

Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição. ou consagrados em convenção internacional, sob a denominação de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos.

A teoria positivista considera, no entanto, essa indagação como despida de sentido, a partir do postulado de que não há direito fora da organização política estatal, ou do concerto dos Estados no plano internacional. Ora, essa concepção, como é fácil de ver, revela-se radicalmente incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, pois a característica essencial destes consiste, justamente, como proclamaram os revolucionários americanos e franceses no século XVIII, no fato de valerem contra o Estado. Toda a "primeira geração" de direitos humanos, nos documentos normativos produzidos pelos Estados Unidos recém-independentes, ou pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos contra a prepotência dos órgãos estatais.

Por outro lado, se se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, e

irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis¹⁰⁴. Ademais, a criação dos direitos humanos pelo Estado nacional conduziria à impossibilidade de se lhes atribuir o caráter de exigências postas por normas universais, sem as quais, como salientou Kant, não há ética racionalmente justificável. Não se trataria, logicamente falando, de atributos inerentes à condição humana, mas unicamente a determinada nacionalidade.

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procurou mostrar nestas páginas, vem-se expandindo e aprofundando no curso da História.

Resolve-se, com isso, uma das mais freqüentes objeções teóricas, que os positivistas fazem ao reconhecimento de direitos humanos não declarados no ordenamento estatal: o fato de não se poder exigir a sua observância em juízo.

A objeção revela - não há negar - certa coerência de raciocínio por parte dos seus autores. A teoria positivista sempre considerou que a existência de direitos depende da possibilidade de se lhes exigir o cumprimento por meio da coerção estatal. Mas essa coerência por si só não dá nenhum peso de

104. Prevenindo essa eventualidade, o art. 19. alínea 2, da Lei Fundamental alemã dispõe que: quando autorizada a limitação de um direito fundamental por lei, ou com fundamento em lei, em nenhuma hipótese o seu conteúdo essencial (_Wesensgehalt) pode ser alterado. Sobre o assunto, a mais completa monografia Continua sendo a de Peter Häberle, *Die _Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 _Grundgesetz*. 3ª ed., Heidelberg (C. F. Müller), 1983.

verdade ao argumento. A admitir-se que só tem direito aquele que pode exigir o seu cumprimento nos tribunais, teríamos que a quase-totalidade das normas declaradas em tratados internacionais - sem falar no costume e nos chamados princípios gerais de direito - não teria caráter jurídico. Da mesma forma, algumas normas do direito interno, tanto no campo público como no privado, careceriam igualmente de sentido jurídico: o que ninguém, nem mesmo os positivistas, chegou a afirmar. O que há, na verdade, em tal raciocínio, é a confusão entre o direito subjetivo propriamente dito, que é a pertinência de um bem da vida a alguém, e a chamada pretensão (Anspruch. na terminologia alemã), que é o modo, judicial ou extrajudicial, reconhecido pelo ordenamento jurídico para garantir o respeito ao direito subjetivo¹⁰⁵. A ausência ou o não-exercício da pretensão não significa, de modo algum, que não haja direito subjetivo. Desde sempre, por exemplo, no direito privado, tem-se admitido que a inexigibilidade judicial das obrigações por efeito da prescrição (inércia do credor em pedir o pagamento durante um prazo fixado em lei) não suprime o direito subjetivo que lhe serve de fundamento. Se o credor for acionado pelo mesmo devedor em razão de outra obrigação, pode-se fazer a compensação das dívidas. Se o devedor pagar espontaneamente uma obrigação prescrita, não terá ação para reclamar de volta o que pagou, pois a prescrição não eliminou a relação de crédito-débito¹⁰⁶.

Isto posto, pergunta-se: - No terreno dos chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política, existe uma hierarquia

105. A argumentação sobre este ponto é mais amplamente desenvolvida no capítulo 17^o, a respeito dos direitos humanos de caráter econômico, social ou cultural.

106. Código Civil brasileiro de 1916, art. 970 (Código Civil de 2002, art. 882,): "Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural".

normativa? O direito internacional prevalece sobre o direito interno, ou trata-se de duas ordens jurídicas paralelas? Nesta última hipótese, como resolver os eventuais conflitos normativos entre o direito internacional e o direito interno?

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2^a Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional¹⁰⁷. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico¹⁰⁸.

Justamente, se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para

107. Assim, na Europa, a Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 2), que faz prevalecer as normas de direito internacional sobre a lei interna: a Constituição portuguesa de 1976, que manda incluir na enumeração dos direitos humanos "quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional", determinando ainda que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem", art. 160. Da mesma forma, na América Latina, as Constituições da Guatemala de 1985, da Nicarágua de 1987, do Brasil de 1988 e do Chile de 1989 integram as normas internacionais de direitos humanos ao direito interno em nível constitucional. Sobre o assunto, cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1997, p. 403 e s.

108. Sobre este ponto, cf. no Brasil os trabalhos de Antônio Augusto Cançado Trindade, ~p. cit., p. 434 e s., e de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 121 e s.

determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto. E, como todo sistema, eles se regem por princípios ou leis gerais, que dão coesão ao todo e permitem sempre a correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas.

Os princípios fundamentais do sistema dos direitos humanos são de duas ordens, conforme digam respeito aos valores éticos supremos, ou à lógica estrutural do conjunto.

Os princípios axiológicos supremos correspondem à tríade famosa da tradição republicana francesa, reafirmada no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade).

o núcleo do princípio axiológico da liberdade é a idéia de autonomia, isto é, de submissão de cada qual às normas por ele mesmo editadas. Uma sociedade livre é aquela que obedece às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos. O pensamento clássico vê, pois, no autogoverno, sob o império da lei, a característica essencial de uma sociedade livre¹⁰⁹.

A partir das declarações de direitos do final do século XVIII, porém, estabeleceu-se a distinção entre a liberdade pública, com o sentido político de autogoverno, e as liberdades privadas, como instrumentos de defesa do cidadão contra

109. Cf. Aristóteles, *Política*, 1317a 40, ao dizer que "o princípio fundamental de uma constituição democrática é a liberdade", sendo que "um dos elementos da liberdade consiste em governar e ser governado alternadamente". Locke (*Second Treatise of Government*, cap. IV: "The liberty of man, in society is to be under no other legislative power but that established, by consent, in the common wealth; nor under the dominion of any will, or restraint of any law, but what that legislative shall enact, according to the trust put in it". E Rousseau, nas *Lettres Écrites de la Montagne* (8ª Carta): "Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas; il a des chefs et non pas des maîtres; il obéit aux Loix, mais il n'obéit qu'aux Loix et c'est par la

_force_des_Loix_qu'il_n'obéit_pas_aux_hommes".

as interferências governamentais. Benjamin Constant¹¹⁰, expressando a Visão burguesa do mundo, chegou a contrapor estas àquela, mostrando que, enquanto os antigos só se preocupavam com a participação política do cidadão e desconheciam a autonomia privada, os modernos estão sempre prontos a abrir mão da participação política, contanto que lhes sejam preservadas as liberdades individuais. A civilização burguesa separou nitidamente, como disse o jovem Marx, os direitos do homem dos direitos do cidadão, e concebeu aqueles a modo de divisas demarcatórias entre dois terrenos, pertencentes a proprietários distintos¹¹¹.

A experiência veio, porém, demonstrar a íntima ligação entre essas duas dimensões da liberdade. A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.

No tocante ao princípio da igualdade, a mesma evolução dicotômica ocorreu. As revoluções do final do século XVIII assentaram, com a abolição dos privilégios estamentais, a igualdade individual perante a lei. Abriu-se, com isso, uma nova divisão da sociedade, fundada não já em estamentos, mas sim em classes: os proprietários e os trabalhadores. Em 1847, aliás, Tocqueville já antevia: "dentro em pouco, a luta política irá

110. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, conferência feita no Ateneu Real de Paris, em 1819.

111. "Die Grenze, in welcher sich jeder dem anderen unschädlich bewegen kann, ist durch das Gesetz gestimmt, wie die Grenze zweier Felder durch deu Zaunpfahl bestimmet ist" (Karl Marx e Friedrich Engels, *Studienausgabe*, t. I, Philosophie, Frankfurt, 1990, p. 50. A expressão "marcos" foi usada, efetivamente, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 4º: "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas a autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi".

estabelecer-se entre homens de posses e homens desprovidos de posses; o grande campo de batalha será a propriedade" 112.

Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica.

A solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. E a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana.

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles

que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Os direitos sociais englobam, de um lado, o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro lado, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à educação; e, de modo geral, como se diz no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11), "O direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida".

112. Souvenirs, in *Oeuvres* *Compiètes*, Paris, Gallimard, t. 12, p. 37.

É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de dar à propriedade privada uma função social.

O conjunto dos direitos sociais acha-se hoje, em todo o mundo, severamente abalado pela hegemonia da chamada política neoliberal, que nada mais é do que um retrocesso ao capitalismo vigorante em meados do século XIX. Criou-se, na verdade, uma situação de exclusão social de populações inteiras, inimaginável para os autores do *Manifesto Comunista*. Marx e Engels, com efeito, em sua análise do capitalismo, haviam partido do pressuposto de que o capital sempre dependeria do trabalho assalariado (*die Bedingung des Kapitals ist die Lohnarbeit*), o que daria aos trabalhadores unidos a força necessária para derrotar o capitalismo no embate final da luta de classes. Ora, esse pressuposto revelou-se totalmente falso. No final do século XX, o que se verificou, em todas as partes do mundo, é que a massa trabalhadora se havia tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção. "O que se nos depara", escreveu Hannah Arendt logo após a Guerra Mundial¹¹³, "é a possibilidade de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta". E acrescentou com razão: "Certamente, nada poderia ser pior".

Quanto aos princípios estruturais dos direitos humanos, eles são de duas espécies: a irrevocabilidade e a complementariedade solidária.

A consciência ética coletiva, como foi várias vezes assinalado aqui, ampliam-se e aprofunda-se com o evoluir da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de

113. *A Condição Humana*, Forense Universitária, Salamandra Consultoria Edfloriai, Editora da Universidade de São Paulo, 1981, p. 13. A edição original norte-americana sob o título *The Human Condition*, foi publicada em Chicago em 1958.

todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos.

É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais.

Uma das conseqüências desse princípio é a proibição de pôr fim,

voluntariamente, à vigência de tratados internacionais de direitos humanos¹¹⁴. Em particular, o Estado-Parte, num tratado que tenha como objeto, total ou parcial, a declaração de direitos humanos ou a regulação de garantias fundamentais, não pode denunciá-lo, nem mesmo com a aprovação do ato de denúncia pelo órgão ratificador. A exigência de aprovação parlamentar prévia da denúncia de um tratado internacional a ser feita pelo Chefe de Estado, embora não exigida pela generalidade das Constituições vigentes¹¹⁵, nada mais é, afinal, do que a aplicação do princípio da paridade de forma para os atos de constituição e extinção de uma relação jurídica (convencional ou não). Ora, o poder de denunciar uma convenção internacional só faz sentido quando esta cuida de direitos disponíveis. Em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, não

114. E, no entanto, a Convenção de 1948 sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio contém essa aberração jurídica. Cf. o capítulo 14^o.

115. A Constituição espanhola de 1978 faz exceção à regra. ao dispor que "para a denúncia dos tratados e convenções internacionais utilizar-se-á o mesmo procedimento previsto para a sua aprovação" (art. 96, 2).

há nenhuma possibilidade jurídica de denúncia. ou de cessação convencional da vigência, porque se está diante de direitos indisponíveis e, correlatamente, de deveres insuprimíveis.

O princípio da complementariedade solidária dos direitos humanos de qualquer espécie foi proclamado solenemente pela Conferência Mundial de Direitos Humanos. realizada em Viena em 1993, nos seguintes termos:

"Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais".

A justificativa desse princípio encontra-se no postulado ontológico de que a essência do ser humano é uma só, não obstante a multiplicidade de diferenças, individuais e sociais, biológicas e culturais, que existem na humanidade. É exatamente por isso, como lembrado no início desta Introdução, que todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem.

O Critério de Composição da Obra

Neste livro são comentados, na ordem de sua sucessão histórica, apenas documentos normativos que declaram direitos humanos e criam garantias específicas para o seu cumprimento: acordos, leis fundamentais, Constituições, declarações de efeito obrigatório, tratados internacionais que já entraram em vigor.

A escolha dos documentos obedeceu ao critério da novidade histórica, no momento em que passaram a vigorar. Procurou-se, portanto, como regra geral, evitar a transcrição de textos que se limitaram a

reproduzir declarações de direitos anteriores. Fazem exceção a essa regra a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e os Pactos Internacionais de 1966, sobre direitos civis e políticos, e sobre direitos econômicos, sociais e culturais, cujos textos, a par do reconhecimento de novos direitos humanos, reafirmam outros já anteriormente declarados. Essas exceções se justificam, porque tais documentos compendiarão, à época em que foram aprovados, o conjunto das normas de proteção da pessoa humana, e inauguraram um novo tempo histórico: a era da cidadania mundial.

CAPÍTULO 1º

MAGNA CARTA - 1215

Redigida em latim bárbaro, a Magna Carta¹ Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas.

A Magna Carta foi confirmada, com ligeiras alterações, por sete sucessores de João Sem Terra.

O contexto histórico

A partir do século XI, delineia-se uma clara tendência, em toda a Europa Ocidental, no sentido da centralização do poder, tanto na sociedade civil quanto na eclesiástica.

É verdade que na península itálica, que foi a região da Europa onde o feudalismo começou a extinguir-se por primeiro, já desde fins do século XI haviam sido instituídas formas de limitação do poder político, no quadro de uma organização republicana das comunas. Mas essa nova ordem política durou

1. O Vocábulo oriundo da língua grega, era grafado no latim clássico com ch, mas foi Usado durante toda a Idade Média, sem h.

pouco, pois em menos de duzentos anos todas as cidades-Estados italianas tornaram-se principados.

O fato é que, mesmo na Europa feudal, foi-se afirmando, rapidamente, a predominância de um dos suseranos sobre os outros, ou seja, teve início o movimento gerador de um *_primus inter _pares*, que vinha a ser o rei. Dado que o feudalismo consiste, substancialmente, na relação pessoal entre senhor e vassalo, o rei passava a destacar-se, dentre os senhores feudais, como o primeiro entre todos os suseranos². Esta a origem da noção política de soberania, nos tempos modernos. Philippe de Beaumanoir, em obra famosa do século XI sobre o direito costumeiro da baronia de Beauvais, na França, dirá que "cada barão é soberano em sua baronia", mas que "o rei é soberano sobre todos"³.

Na Igreja, o movimento de reforço da autoridade espiritual e do poder secular do papado foi vigorosamente acelerado com a ascensão ao

trono pontifício, em 1073, do monge Hildebrando, que adotou o nome de Gregório VII. A reforma ou, como prefere chamar um autor⁴, a revolução gregoriana deu início a uma prolongada contenda entre o imperador e o papa quanto à supremacia universal⁵. A resistência à centralização do poder, na

2. Ambas as palavras têm, aliás, o mesmo étimo *_superanus* do latim bárbaro, isto é, o que tem mais poder.

3. "*Chacuns barons est souverain, en sa baronie. Voirs est que li rois est souverains par dessus tous et a de son droit la general garde de tout son royaume*" (Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. por Am. Salmon, t. 2^o, Paris, Alphonse Picard et Fils, 1900, n. 1043).

4. Harold J. Berman, *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

5. No documento intitulado *Dictatus Papae*, de 1075, Gregório VII afirmou vinte e sete teses de centralização do poder papal, tais como: "só o bispo de Roma é, de direito, considerado universal" (n. 2); "somente ele pode depor e reinvestif bispos" (n. 3); "somente a ele é permitido editar novas leis, de acordo com as necessidades dos tempos" (n. 7); "só o Papa pode ter seus pés beijados por todos os Príncipes" (n. 9); "ele pode depor os Imperadores" (n. 11); "nenhum sínodo pode ser denominado geral sem ordem sua" (n. 16); "nenhuma decisão sua pode ser revista por ninguém, e só ele pode rever as decisões de todos" (n. 18); "ele pode desligar os súditos de senhores injustos de seu juramento de fidelidade" (n. 27).

sociedade civil, manifestou-se já desde o final do século XII. foi interrompida com o Renascimento e a afirmação da monarquia absoluta de direito divino, e só voltou a ser contestada em fins do século XVII na Inglaterra⁶. Na Igreja, porém, o poder papal, enfraquecido pelo cisma do século XIV e o movimento conciliar do início do século seguinte⁷, encaminhou-se decisivamente, a partir da Reforma protestante e do Concílio de Trento (1545-1563), em direção à monarquia absoluta.

Contra a tendência de instituição de um poder real soberano, os senhores feudais se manifestaram, já desde fins do século XII, em declarações e petições sucessivas, a primeira delas sendo a declaração das cortes de Leão, na Espanha, datada de 1188.

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso das forças do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica (a família Plantagenet). Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

Simultaneamente, João Sem-Terra entrou em colisão com o papado, ao apoiar contra este as pretensões territoriais do Imperador Óton IV, seu sobrinho, em conflito declarado com o rei da França. Ademais, tomando o partido imperial na querela das

6. Vejam-se os capítulos 2^o e 3^o, a seguir.

7. Sob a pressão do Imperador Sigismundo, o Concílio de Constança (1414-1418) determinou pelo decreto *Sacrosancta*, que o Papa deve

submeter-se às decisões de um concílio ecumênico.

investiduras em cargos eclesiásticos⁸, o rei inglês recusou-se a aceitar a designação de Stephen Langton como cardeal de Canterbury, sendo por isso excomungado pelo Papa Inocêncio III (que reinou entre 1198 e 1216). Finalmente, pressionado pela Igreja e pela carência de recursos financeiros, João Sem-Terra decidiu submeter-se ao Papa: declarou a Inglaterra feudo de Roma em 1213 e obteve com isto o levantamento de sua excomunhão.

Dois anos depois, tendo de enfrentar a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, o rei foi obrigado a assinar a *Magna Carta*, como condição para a cessação de hostilidades. O documento, cuja primeira cláusula trata da liberdade eclesiástica, foi-lhe apresentado pelo próprio cardeal Stephen Langton, cuja nomeação como primaz da Inglaterra ele recusara. João Sem-Terra, porém, imediatamente após tê-lo assinado, recorreu ao Papa, seu superior feudal. e Inocêncio III declarou o documento nulo, pelo fato de ter sido obtido mediante coação e sem o devido consentimento pontifício. O que não impediu que essa promessa real fosse reafirmada várias vezes pelos monarcas subseqüentes.

Importância histórica

A sociedade medieval européia era composta, basicamente, de três estamentos (*_status*, *_Stände*, *_états*), isto é, de grupos sociais dotados de um estatuto jurídico próprio, ligado à condição pessoal de seus integrantes. Eram eles a nobreza, o clero e

8. A disputa chamada "querela das investiduras" surgiu em meados do século XI, entre o Imperador e o Papa, a respeito do poder, que os poderes laicos se arrogaram, de confirmar a nomeação de bispos em suas terras. Em 1059, o Papa Nicolau II, desejoso de eliminar as práticas generalizadas de simonia (tráfico de sacramentos e benefícios eclesiásticos) e de concubinato de padres, promulgou um primeiro decreto, recusando a investidura de bispos e abades pelo poder laico. A proibição pontifícia foi reafirmada por sucessivos papas, notadamente por Gregório VII, o grande reformador da Igreja na Idade Média. Para os imperadores, o poder de investidura dos bispos era de grande importância política, pois implicava a vassalagem episcopal ao imperador: portanto, a supremacia do imperador sobre o papa, no governo local.

o povo. Os dois primeiros possuíam privilégios hereditários, e o terceiro tinha como única vantagem o *_status libertatis*, isto é, o fato de que os seus componentes não se confundiam com a multidão dos servos de todo o gênero.

É lamentável que, a partir de Marx, a importância dos estamentos na estrutura da sociedade européia tenha sido largamente negligenciada por historiadores e sociólogos, com a notável exceção de Max Weber⁹. Na verdade, os três estamentos ou ordens da sociedade medieval ordenavam-se hierarquicamente, segundo um modelo que parece ter sido inerente a toda a civilização indo-européia. No pináculo da organização social, encontrava-se a soberania espiritual, encarnada no sacerdote, monopolizador do saber mitológico e da magia. No patamar intermediário, situava-se a função militar, encarregada da segurança coletiva e representada pela nobreza ou patriciado. No escalão mais baixo,

encontravam-se os produtores de riqueza, ligados ao cultivo da terra. A esses três estamentos opunha-se a massa dos que estavam adstritos à condição servil¹⁰.

Um documento do início do século XI, *Carmen ad Rodbertum regem*¹¹, atribuído a Adálbero, bispo franco de Laon, explica com clareza essa tripartição de funções na estrutura da sociedade medieval. Trata-se de uma série de conselhos dirigidos a Roberto, o Piedoso, rei dos francos, e escritos retoricamente

9. Ainda hoje, em certos setores da sociedade européia, o "espírito estamental" é mais forte que a consciência de classe.

10. É a tese vigorosamente sustentada pelo antropólogo francês Georges Dumézil especialmente em suas obras *Mythe et épopée*, t. 1, Paris, 1968, e *L'idéologie tripartite des Indo-Européens*, Bruxelas, 1958. Em *A República* Livro IV, 434 a - c), Platão propõe que a sociedade política ideal seja composta de três grupos (genol) distintos: os trabalhadores manuais, os militares e os guardiões.

11. Trata-se de um manuscrito não autógrafa, comportando vários retoques, que se encontra registrado sob n. 14192 na Biblioteca Nacional da França. Ele foi meticulosamente analisado por Claude Carozzi em tese defendida em 1972 na Universidade de Paris (*Le "Carmen ad Rodbertum regem" d'Adalbéron de Laon, traduction et essai d'explication*), citada por Georges Duby, *Les trois ordres ou imaginaire du féodalisme*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des Histoires, 1978.

em forma de poema (*Carmen*). O trecho importante para o nosso assunto é o seguinte:

A ordem eclesiástica compõe apenas um só corpo. mas a sociedade inteira está dividida em três ordens. A par do já citado corpo, a lei reconhece outras duas condições (sociais): o nobre e o servo não se regem pela mesma lei. Os nobres são os guerreiros, os protetores das igrejas. Defendem todo o povo, assim os grandes como os pequenos, além de se protegerem a si próprios. A outra classe é a dos servos. Esta raça de desgraçados nada possui sem sofrimento. A todos, fornecem eles provisões e vestuário, sem os quais os homens livres pouco valem. Assim, pois, a cidade de Deus, tida como una, é na verdade tríplice. Uns rezam, outros lutam e outros trabalham. As três ordens vivem juntas e não sofreriam uma separação. Os serviços de cada uma dessas ordens tomam possíveis as atividades das duas outras. E cada qual, por sua vez, presta apoio às demais. Enquanto esta lei esteve em vigor, o mundo teve paz. Mas, agora, as leis se debilitam e toda paz desaparece. Mudam os costumes dos homens e muda também a divisão da sociedade".

Na época em que foi escrito esse texto, uma clara tendência modificadora dessa tripartição estamental já se iniciara, com a perda da autoridade régia (*imbecillitas regis*), conseqüente ao enfraquecimento do poder imperial. O império carolíngio desagregava-se e novos reis, desvinculados do imperador, inauguravam suas próprias dinastias. É o caso, justamente, de Roberto, o Piedoso, cujo pai deu origem à dinastia dos Capetos na França. Era contra essa "mudança de costumes" que se dirigia a lamentação de Adálbero, saudosos da ordem tradicional. A revolta dos barões ingleses contra João Sem-Terra, embora defendendo as tradicionais prerrogativas do clero e da nobreza, e outra demonstração da "desordem" denunciada por Adálbero.

Na verdade, na base das mudanças institucionais ocorridas no

final da Idade Média, estavam dois amplos movimentos de transformação social: o monaquismo e a revitalização urbana.

O movimento monástico, iniciado no século IV por Santo Antão no Egito, e levado quase que imediatamente após para a Europa, assentou-se como um poderoso fator de transformação social a partir do século VI, com a fundação e a expansão da ordem beneditina.

A grande inovação das Regras de São Bento, oriunda de seu preceito fundamental - *ora et labora* -, consistiu na valorização ética e religiosa do trabalho e na racionalização da cultura da terra, com a criação de várias técnicas de melhor aproveitamento dos recursos naturais. Em todos os lugares em que se instalaram, os mosteiros beneditinos provocaram substanciais avanços técnicos na agricultura, na pecuária e na piscicultura. ao mesmo tempo em que se abriram estradas, drenaram-se regiões pantanosas, criaram-se novos sistemas de irrigação das lavouras por meio da canalização de numerosos cursos d'água.

Pode-se, pois, dizer que a revolução agrícola europeia, que abriu caminho para a revolução industrial do século XVIII, foi em grande parte o resultado da expansão do movimento monástico.

Ora, os mosteiros representavam, de certo modo, a fusão dos três estamentos tradicionais da sociedade feudal. Eles reuniram, na mesma instituição e sob as mesmas regras, grande número de jovens oriundos das famílias nobres, numa vida coletiva consagrada à oração e ao trabalho.

Por outro lado, a partir do século XI assistiu-se ao ressurgimento da vida urbana, com o revigoramento comercial conseqüente à retomada da livre navegação no Mediterrâneo. Desde o século VIII, com efeito, o *mare nostrum* dos romanos transformara-se, por força da expansão árabe, em autêntico "lago muçulmano" Com início na península itálica e no sul da França, e posterior expansão por toda a Europa, deu-se a fundação de burgos livres, ou burgos de fora (*forisburgus*). ou seja, po-

voações fundadas por comerciantes junto aos burgos autênticos ou castelos. Nessas povoações novas aparece um grupo social igualmente novo, porque não compreendido nem no estamento nobre nem no dos servos: é a burguesia. Ela se organiza segundo um direito oposto ao feudal, pois o poder político não deriva da propriedade imobiliária, mas sim da riqueza mercantil. Ademais, a sociedade burguesa não se divide em estamentos, mas é composta de famílias formalmente livres. A divisão jurídica estamental, a burguesia opôs uma divisão econômica entre ricos comerciantes e pobres empregados, a qual deu nascimento às modernas classes sociais, regidas por um direito uniforme, desvinculado da condição pessoal.

A estrutura estamental do direito europeu só começou a ser abolida formalmente, no ocidente europeu, a partir da Revolução Francesa. Mas a reforma protestante já a havia enfraquecido significativamente nos países que adotaram a religião reformada, pela extinção da ordem eclesiástica e do estamento clerical. Em Portugal, o sintoma mais claro da desagregação precoce da ordem tripartida do feudalismo foi a multiplicação, bem antes do século XVIII, de uma pluralidade de corporações privilegiadas menores, como as dos desembargadores, dos universitários, dos militares, dos moedeiros, dos titulares de rendas reais¹².

É no contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância da *Magna Carta*. Como salientou um historiador¹³, quando editada, em 1215, ela foi um malogro completo. Seu objetivo era assegurar a paz, e ela provocou a guerra.

12. As Ordenações Afonsinas, de 1446, definiam: "defensores som

huus dos tres estados, que Deos quis, per que se mantevesse o mundo, ca assy como os que rogam pelo povo chamam oradores, e aos que lavram a terra, per que os homens ham de viver, e se mantem, som ditos mantenedores, e os que ham de defender som chamados defensores" (1. 63, pr.). Sobre a multiplicação dos estamentos particulares em Portugal, cf. António Manuel Hespanha, *Às Vésperas do Leviathan - instituições e Poder Político, Portugal - Séc. XVII*, Coimbra, Livraria Almedina, 1994, p. 321 e s.

13. J. C. Holt, *Magna Carta*, 2ª ed., Cambridge University Press, 1992, p. 1

Visava a consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto, a *Magna Carta* foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir desta última data, direito permanente. Três de suas disposições - as de números 1,9(13 na versão de 1225),e29(39 e 40 na versão de 1225)- ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor.

Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a *Magna Carta* constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio (*Herrschaftsvertrag* do direito medieval germânico, semelhante à constituição das capitânicas hereditárias no Brasil colônia). Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassallos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.

Mais do que isso, porém, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei achase naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. Quinhentos anos antes, Santo Isidoro (560-636), bispo de Sevilha, já havia defendido a idéia de que o príncipe devia submeter-se às leis que ele próprio promulgara, pois "só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos" (*Sententiae III*, 51.4).

Assim, se a *Magna Carta* contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres - a nobreza e o clero - existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. Se no início do século XIII os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea - o povo da teoria democrática - eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico lembrado acima. Aliás, a declaração final da primeira cláusula, segundo a qual o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades a seguir enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que conta doravante é, fundamentalmente, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal.

Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do

rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII. Nada a ver, obviamente, com a *_demokratia* grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o *_demos* exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, como a paz e a guerra.

Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva ou formal, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais solenemente afirmadas.

As principais disposições

As disposições da *_Magna Carta* regulam várias matérias e nem todas elas podem ser tidas como importantes, na evolução histórica tendente à progressiva afirmação dos direitos humanos

e à instituição do regime democrático. Há, assim, disposições de sentido puramente local ou conjuntural, ao lado de outras que constituem as primeiras fundações da civilização moderna.

Foram selecionadas abaixo as cláusulas que pareceram mais importantes, no sentido de apontar os rumos da evolução histórica posterior.

A cláusula 1, ao reconhecer as liberdades eclesiásticas, notadamente a de livre designação de bispos, abades e demais autoridades, sem necessidade de confirmação régia, aponta para a futura separação institucional entre Igreja e Estado.

As cláusulas 12 e 14 contêm, em sua essência, o princípio básico de que o exercício do poder tributário deve ser consentido pelos súditos. anunciando portanto, *_ante litteram*, o brocardo *_no taxation without representation* (não haverá tributação sem que os contribuintes dêem o seu consentimento, por meio de representantes), que está na origem do moderno sistema parlamentar de governo.

As cláusulas 16 e 23 representam o primeiro passo no sentido da superação do estado servil, preparando a substituição da vontade arbitrária do senhor, ou patrão, pela norma geral e objetiva da lei, nas relações de trabalho. O sentido primigênio da norma fundamental, inscrita em quase todas as Constituições modernas, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, encontra-se nessa disposição da *_Magna Carta*.

Nas cláusulas 17 e 40, reconhece-se que o monarca não é dono da justiça, mas que esta constitui, em sua essência, uma função de interesse público. Até então, a fórmula executória dos julgados era literalmente vendida aos demandantes pelos oficiais régios. A partir da *_Magna Carta* reconhece-se, portanto, que o rei tem um poder-dever de fazer justiça, assim que solicitado pelos seus súditos.

As cláusulas 20 e 21 lançam as bases do tribunal do júri, bem como do princípio do paralelismo entre delitos e penas,

dando início, com isto, ao lento processo histórico de abolição das penas criminais arbitrárias ou desproporcionais.

As cláusulas 30 e 31 estabelecem a garantia do respeito à propriedade privada contra os confiscos ou requisições, decretados abusivamente pelo soberano ou seus oficiais.

A cláusula 39, geralmente apontada como o coração da *Magna Carta*, desvincula da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição. Os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra. Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo jurídico (*_due process of law*), expresso na 14^a Emenda à Constituição

norte-americana¹⁴ e adotado na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"). O princípio é reafirmado para determinadas situações particulares, nas cláusulas 52 e 55.

Nas cláusulas 41 e 42, reconhece-se a liberdade de ingresso e saída do país, bem como a livre locomoção dentro de suas fronteiras, a qualquer pessoa em geral e aos comerciantes em particular. A cláusula 41, relativa aos comerciantes, estabelece, aliás, as primeiras normas do que seria, alguns séculos após, o direito da guerra.

O embrião de uma administração pública autônoma e regular encontra-se na cláusula 45.

A cláusula 60 estende a todos os senhores feudais, em relação a seus dependentes e agregados, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si, relativamente a seus súditos. Inscreveu-se aí, com todas as letras, a superação do próprio regime feudal, pois este nada mais consistia, em sua essência, do que a soberania absoluta de cada senhor em seu território¹⁵.

Por fim, a cláusula 61 do documento representa o primeiro esboço de um mecanismo de responsabilidade do rei perante OS

14. Vide abaixo capítulo 4º.

15. Cf. nota 3, supra.

seus súditoS, vale dizer, o início do processo de abolição do próprio regime monárquico.

O Texto¹⁶ (Excertos)

João, pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia e conde de Anjou, aos arcebispos, bispos, abades, barões, juízes, coiteiros¹⁷, xerifes¹⁸, prebostes¹⁹, ministros, bailios²⁰ e a todos os seus fiéis súditos, [...]

1. Em primeiro lugar, garantimos perante Deus e confirmamos pela presente Carta, em nosso nome e no de nossos herdeiros para sempre, que a Igreja da Inglaterra será livre e manterá os seus direitos íntegros e as suas liberdades intocadas; e é nossa vontade que assim seja observado; o que é evidente pelo fato de que, antes de principiar a atual querela entre nós e nossos barões, nós, voluntária e espontaneamente, garantimos e pela nossa carta confirmamos a liberdade de escolha (dos superiores eclesiásticos), a qual é reconhecida como da maior importância e verdadeiramente essencial para a Igreja inglesa, e obtivemos confirmação disto de parte do Senhor Papa Inocêncio III; o que observaremos e queremos que nossos herdeiros observem em boa-fé, para sempre. Garantimos, também, a todos os homens livres de nosso reino, de nossa parte e de parte de nossos herdeiros para sempre, todas as liberdades abaixo indicadas, para que eles e seus herdeiros as possuam.

[...]

12. Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (scutagium)²¹ nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o con-

16. Tradução do autor, a partir do texto original publicado em C. Bémont, *Chartes des libérés anglais*, Paris. 1892.

17. Guardas campestres, incumbidos de fiscalizar os terrenos, chamados coitadas, onde era proibida a caça.

18. Oficiais do rei, encarregados da cobrança de impostos.

19. Funcionários reais.

20. Representantes do rei em determinada circunscrição territorial, encarregados de fiscalizar a ação dos prebostes.

21. O *scutagium* foi uma taxa criada por Henrique II, em 1159, e lançada sobre todos os senhores feudais que desejassem ser isentos do serviço pessoal de auxílio ao rei em campanhas bélicas (Sir Frederick Pollock e Frederic William Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*, v. 1, 2ª ed., Cambridge, 1923, p. 266 e s.).

sentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição razoável será lançada. [...]

[...]

14. E para obter o consentimento do conselho comum do reino a respeito do lançamento de uma contribuição (exceto nos três casos supramencionados), ou de uma taxa de isenção do serviço militar, convocaremos os arcebispos, bispos, abades, condes e os principais barões, individualmente por carta - e, ademais, convocaremos de modo geral, por meio de nossos xerifes e bailios, todos os que nos têm como suserano - para uma data determinada, mais exatamente, após transcorridos pelo menos quarenta dias, e em local certo; e em todas as cartas convocatórias, especificaremos a razão da convocação. [...]

16. Ninguém será obrigado a prestar um serviço maior do que for devido em benefício do feudo de um cavaleiro ou de qualquer outro domínio livre.

17. Ações judiciais ordinárias não terão que ser propostas onde estiver a nossa corte, mas em um lugar fixo.

[...]

20. Um homem livre não será punido por um delito menor (*parvo delicto*), a não ser segundo o grau (*reduzido*) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (*salvo contemento suo*); da mesma forma, um comerciante não será punido com prejuízo do exercício de sua profissão (*salva mercandisa sua*)²² assim também, um vilão não será punido com prejuízo de seu direito de cultivar a gleba (*salvo waynagio suo*)²³ - se obtiverem nossa mercê; e nenhuma das citadas penas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança.

21. Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido. [...] ---

22. No Código Comercial brasileiro de 1850 (art. 4º. é usado o termo *mercúcia* para designar o exercício da profissão de comerciante.

23. No direito medieval, o servo e toda sua família estavam hereditariamente vinculados à gleba. não podiam dela afastar-se e eram transferidos com ela ao eventual comprador. Em compensação, o servo tinha direito a cultivar a gleba também para sua subsistência própria. Era esse direito que se denominava *waintigillm* (cf. Sir Frederick Pollock e Frederic William Maitland, *op. cit.*, v. 1, p. 416).

30. Nenhum dos nossos xerifes ou bailios, ou qualquer outra pessoa, poderá servir-se dos cavalos e carroças de propriedade de um homem livre, sem o seu consentimento.

31. Nem nós nem nossos bailios apossar-nos-emos, para nossos castelos ou obras, de madeiras que não nos pertencem (*alienum boscum*), exceto com o consentimento do proprietário. [...]

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus

bens (_disseisiatur), banido (_utlagetur) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (_destruatur), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra²⁴ (_nisi_per_legale_iudicium_parium_suorum_vai_per_legem_terre).

40. O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado.

41. Todos os comerciantes serão livres para sair da Inglaterra e nela ingressar, com toda segurança, para permanecer e viajar em seu território, por via terrestre ou aquática, para comprar e vender segundo os costumes antigos e válidos, sem terem que pagar taxas injustas, exceto em tempo de guerra e se eles pertencerem a alguma terra que esteja em guerra conosco. E se estes mercadores estiverem em nossa terra no começo da guerra, ficarão detidos, sem dano para suas pessoas ou bens, até que nós, ou nossas autoridades judiciárias, tomemos conhecimento da maneira como são tratados os nossos comerciantes que se encontrarem na terra que se acha em guerra conosco, quando foi deflagrado o conflito, e se os nossos se acharem seguros por lá, os comerciantes estrangeiros também ficarão seguros em nossa terra.

42. Doravante, a todos será lícito, sem prejuízo da submissão à nossa pessoa, sair do reino e a ele voltar, em toda segurança, por terra ou por mar, salvo, no interesse público, durante um curto período em tempo de guerra - com exceção dos que foram presos ou banidos de acordo com a lei do reino, e dos nativos de uma terra que se acha em guerra conosco [...].

[...]

45. Não nomearemos juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios, que desconheçam a lei do reino e não se disponham a observá-la.

24. Convém observar que na civilização feudal todo direito estava ligado à terra. Não havia, propriamente, um país, objetivamente separável da pessoa do monarca. No direito brasileiro, encontramos uma reminiscência dessa noção medieval no revogado art. 425 do Código Comercial de 1850, ao dispor que "as letras da terra são em tudo iguaes ás letras de cambio, com a unica differença de serem Passadas e acceitas na mesma província".

[...]

52. Se alguém foi por nós desapossado ou expulso de suas terras, castelos, franquias ou direitos sem o julgamento de seus pares, nós lhos restituiremos imediatamente; e se uma disputa se levantar quanto a isto, que ela seja resolvida pelo juízo dos vinte e cinco barões abaixo nomeados [...]

[...]

55. Todas as multas por nós aplicadas injustamente e contra a lei da terra, bem como todas as penas impostas injustamente e contra a lei da terra, serão inteiramente comutadas, ou então serão julgadas pelos vinte e cinco barões mencionados abaixo [...]

[...]

60. Todos os direitos e liberdades, cuja observância garantimos em nosso reino, na medida de nossa competência em relação aos nossos homens, serão igualmente observados por todos os clérigos e leigos do nosso reino, em relação àqueles que deles dependem.

61. Considerando, ademais, que foi para glória de Deus e melhoria do nosso reino e para apaziguar a discórdia que surgiu entre nós e nossos barões que garantimos tudo o que acima ficou mencionado; desejando que eles possam fruir disto de modo íntegro e completo para sempre, outorgamo-lhes a garantia a seguir, a saber, que os barões

escolherão vinte e cinco dentre eles, os quais devem, com todo o seu poder, observar, manter e fazer com que sejam observadas a paz e as liberdades que lhes garantimos e confirmamos pela presente carta, de tal maneira que se nós, ou nossos juízes, bailios, ou qualquer de nossos servos transgredir qualquer destas cláusulas de paz e segurança, e a transgressão for notificada a quatro dos supramencionados vinte e cinco barões, esses quatro barões virão à nossa presença, ou perante os nossos juizes se estivermos fora do reino, e, expondo a transgressão, requererão que ela seja imediatamente corrigida. E se não a corrigirmos, ou se estivermos fora do reino e a nossa justiça não a corrigir dentro em quarenta dias, [...] os mencionados barões exporão a causa aos restantes daqueles vinte e cinco barões, e estes, juntamente com a comunidade da terra (communa tocius terre), poderão embargar-nos ou atacar-nos por todas as maneiras ao seu alcance, notadamente, pela penhora de castelos, terras e propriedades, por todos os meios possíveis, sem prejuízo da incolumidade de nossa pessoa e das pessoas de nossa rainha e de nossos filhos, até que, segundo seu parecer, tenha sido reparado o mal; e assim que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes. E qualquer pessoa nesta terra poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco barões e juntar-se a eles para nos atacar, e damos pública e plena liberdade a quem quer que seja para assim agir [...]

CAPÍTULO 2º

LEI DE HABEAS-CORPUS

Inglaterra, 1679

Contexto histórico e importância

Durante os agitados anos em que reinaram os Stuart, últimos soberanos católicos da Inglaterra, o Parlamento, maciçamente protestante, procurou por todos os meios limitar o poder real, notadamente o poder de prender os opositores políticos, sem submetê-los a processo criminal regular.

O habeas-corpus já existia na Inglaterra, desde há vários séculos (mesmo antes da Magna Carta), como mandado judicial (_writ) em caso de prisão arbitrária. Mas a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais. A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi "uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar", veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocardo _remedies _precede _rights, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário. Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para a sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário. Nos direitos da família européia continental, à qual se filiam as legislações latino-americanas, prevalece justamente a idéia contrária: os direitos subjetivos são o principal e as ações judiciais o acessório, que a eles deve adaptar-se. O Código Civil brasileiro, por exemplo, declara que "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura" (art. 75).

Na verdade, a diversidade dessas concepções explica-se pela diferente origem dos grandes sistemas jurídicos europeus. O direito inglês, tal como o direito romano clássico, aliás, sempre foi criado ao longo do tempo pelos práticos do foro: advogados, solicitadores processuais e juízes. Na Europa Continental, diversamente, os sistemas jurídicos, desde a fundação da Universidade de Bolonha no século XI, foram, em sua maior parte, criações intelectuais de juristas e professores. De onde o seu caráter mais sistemático e abstrato que o do

direito inglês.

Em matéria de direitos humanos, esse diferente método de criação do direito deu nascimento a duas linhas de tradição bem distintas: a inglesa e a francesa. Os ingleses, mais pragmáticos, consideram que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo judiciais, do que das simples declarações de direitos. Já para a tradição francesa, uma declaração de direitos tem sempre grande força político-pedagógica, como forma de mudança de mentalidades.

A importância histórica do habeas-corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o *juicio de amparo* e o mandado de segurança copiaram do habeas-corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública, acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas.

Todavia, o dispositivo nuclear do habeas-corpus inglês, qual seja, a ordem para que a autoridade que detém o paciente O apresente incontinenti em juízo (segundo a fórmula tradicional que deu o nome ao instituto: *habeas corpus ad subjiciendum*),

não foi reproduzido nas legislações estranhas ao mundo anglo-saxônico, ao acolherem o instituto. Em compensação, o habeas-CORPUS passou a ser utilizado não só em caso de prisão efetiva, mas também de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir.

O Texto (Excertos)2

Considerando que tem havido, por parte dos xerifes³, carcereiros e outros funcionários, encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos ou supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais (*writs*) de habeas corpus a eles dirigidos, [...] usando de vários expedientes para evitar a obediência a tais mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere por longo tempo, quando podiam obter fiança, o que lhes cria grandes ônus e vexames,

Para prevenir os fatos supramencionados, e a fim de se alcançar rápido desembaraço a todas as pessoas presas em razão da prática efetiva ou suposta de algum crime, é estatuido pela excelentíssima Majestade do Rei, com o consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais, bem como dos Comuns, reunidos no presente Parlamento e pela sua autoridade que:

(1) Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um habeas corpus a algum xerife ou xerifes, carcereiro, ministro ou quaisquer Outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito writ for notificado a tais funcionários, ou deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação (exceto se se tratar de traição ou felonía, assim expressamente declarada no mandado respectivo), após pagamento ou oferta das custas correspondentes ao transporte de dito prisioneiro, [...] conduzir, ou fazer com que seja conduzido o paciente em pessoa perante O Lorde Chanceler, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou os juizes ou barões do tribunal que deve expe-

2. Tradução do autor.

3. No direito inglês, o _sheriff é o principal funcionário de um condado, encarregado sobretudo de executar os mandados judiciais.

dir dito mandado, ou perante a pessoa ou as pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com o seu teor, devendo, igualmente certificar as verdadeiras causas da detenção ou prisão; a menos que o local de encarceramento do paciente seja distante em mais de 20 milhas do local ou locais da sede do mencionado tribunal ou do domicílio da pessoa; e se a distância for de mais de 20 milhas, mas não superior a 100 milhas (a apresentação do paciente deverá ocorrer), dentro de 10 dias, e se a distância for superior a 100 milhas, dentro de 20 dias [...].

CAPÍTULO 3º

DECLARAÇÃO DE DIREITOS
(BILL OF RIGHTS)
Inglaterra, 1689

Contexto histórico

Durante todo o século XVII, a Inglaterra foi agitada por rebeliões e guerras civis, alimentadas por querelas religiosas.

Carlos I foi deposto, condenado à morte e executado em 1642, sob a acusação de tentar restabelecer o catolicismo como religião de Estado. Após a ditadura de Cromwell, que durou até 1658, a dinastia Stuart, restabelecida no trono, manteve seu inabalável apego à religião católica. Tal como os Bourbon após a Revolução Francesa, os Stuart nada aprenderam e nada esqueceram. Carlos II, que reinou até 1685, logrou abafar todas as tentativas de revolta. Durante os quatro últimos anos de seu reinado, dispensou a convocação do Parlamento para a votação de impostos, graças ao copioso subsídio que recebeu pessoalmente de Luís XIV. Mas essa decisão imprudente acabou por acrescentar à virulenta querela religiosa outros movimentos, de animadversão à coroa, considerada agora culpada de manter ligações traiçoeiras com o inimigo secular do país, o rei da França.

Sucedendo a Carlos II, seu irmão Jaime II suscitou contra si, em pouco tempo, a oposição mortal da nobreza e do alto clero. Em 1688, o nascimento de um herdeiro do trono, ao assegurar a continuidade da monarquia na religião católica, desencadeou a rebelião que fermentava há vários anos. Convidado por um grupo de sete nobres dos dois partidos políticos - _Whigs_ e _Tories_ - a assumir o trono da Inglaterra, o Príncipe

Guilherme de Orange desembarcou em Torbay em 5 de novembro. No dia 11 de dezembro, Jaime II fugia para a França.

Reunido por sua própria iniciativa, o Parlamento declarou então vago o trono da Inglaterra, e decidiu operar uma mudança dinástica. A coroa foi oferecida, conjuntamente, ao Príncipe de Orange e à sua mulher, Maria de Stuart, filha mais velha de Jaime II, a qual professava a religião protestante. Os novos soberanos tomaram os nomes de Guilherme III e Maria II, após aceitarem, em sua integralidade, uma Declaração de Direitos (_Bill_of_Rights_) votada pelo Parlamento, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do reino.

Importância histórica

Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado.

O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Es-

tado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana¹.

Sem dúvida, o Parlamento inglês, à época, era composto, em sua maior parte, de representantes da nobreza e do alto clero (*Lords Spiritual and Temporal*). Mas a instituição em si não estava ligada indissolavelmente a essa forma de representação e podia muito bem servir à democracia representativa nascente, como os séculos ulteriores vieram demonstrar. O *Bill of Rights*, enquanto lei fundamental², permanece ainda hoje como um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido. À época, na Inglaterra, as noções de *constituição* e de *lei fundamental* eram de resto complementares. O libelo acusatório contra o rei Jaime II, apresentado na Câmara dos Comuns em 28 de janeiro de 1689, compreendia dois crimes. O primeiro era o de "haver tentado abolir a Constituição do reino, ao romper o contrato original entre o rei e o povo". O segundo crime era de "ter, ao seguir os conselhos dos Jesuítas e de outras pessoas perversas, violado as leis fundamentais". Na definição clássica de Bolingbroke, aliás, a Constituição inglesa é "o conglomerado de leis, instituições e costumes, que decorrem de certos princípios imutáveis da razão e tendem a certos elementos imutáveis do bem público, compondo o essencial de um sistema segundo o qual se convencionou que a comunidade deve ser governada"³. Daí o fato de o qualificativo ilegal, usado em várias disposições do *Bill of Rights*, ter o mesmo sentido que o adjetivo *inconstitucional*, hoje.

1. A história completa da elaboração do conceito de garantia institucional, na Alemanha, encontra-se em Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 111/1, Munique, C. H. Beck, 1988, § 68.

2. Sobre o assunto, a obra de John Wiedhofft Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1955 (tradução francesa sob o título *L'Idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, 1992), ainda é a de grande autoridade,

3. *Dissertation on Parties*, em *Works*, ed. 1809, p. 157.

A transformação social provocada pelo *Bill of Rights* não pode

deixar de ser encarecida. Não é exagero sustentar que, ao limitar os poderes governamentais e garantir as liberdades individuais, essa lei fundamental suprimiu a maior parte das peias jurídicas, que embaraçavam a atividade profissional dos burgueses. É sabido, aliás, que a _Glorious _Revolution contou com o apoio maciço dos comerciantes e armadores ingleses, decididos a enfrentar a concorrência francesa no campo do comércio marítimo.

Nesse sentido, contrariando o esquema marxista de interpretação histórica, pode-se dizer que, pelo menos na Grã-Bretanha, a revolução política criou condições para a revolução industrial do século seguinte, e não o contrário; ou seja, as relações sociais precederam e tornaram possível a transformação das forças produtivas.

As principais disposições

O _Bill_of _Rights foi promulgado num contexto histórico de grande intolerância religiosa, iniciado em 1685 com a revogação por Luís XIV do edito de Nantes, de 1598, que reconheceu aos protestantes franceses a liberdade de consciência, uma limitada liberdade de culto e a igualdade civil com os católicos. A essa manifestação de intolerância católica correspondeu a reação violenta dos anglicanos.

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante às liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no _Bill_of _Rights, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial. No caso, portanto, os meios se revelaram, historicamente, mais importantes que os fins: o que contou doravante, na história política, foi a prevenção institucional da concentração de poderes, não a oficialização da falta de liberdade religiosa.

O _Bill_of _Rights de 1689 retomou algumas das disposições da _Petition_of _Right, que Coke, Eliot e Sir Thomas Wentworth, em nome do Parlamento, apresentaram a Carlos 1 e dele obtiveram uma aprovação temporária, em 1628: a proibição de cobrança de impostos sem autorização do Parlamento, bem como a de prisão sem culpa formada.

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o _Bill_of _Rights veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (_cruel_and _unusual _punishments)⁴.

O Texto (Excertos)⁵

E diante d'isto, os Lordes Espirituais e Temporais, bem como os Cidadãos Comuns, fundando-se em suas respectivas credenciais e eleições, munidos agora em uma assembléia plena e livremente representativa desta nação, tomando na mais séria consideração os melhores meios para a consecução dos fins retromencionados, declaram em primeiro lugar (como seus antecessores em caso análogo teriam normalmente feito), ao reivindicar e afirmar seus antigos direitos e liberdades:

Que o pretense poder régio de suspender a vigência ou a execução das leis, sem consentimento do Parlamento, é ilegal;

Que o pretense poder régio de dispensar da obediência às leis, ou sua execução, como foi feito ultimamente, é ilegal;

[...]

4. Veja-se a oitava emenda à Constituição norte-americana, capítulo 4º _infra.

5. Tradução do autor.

Que a cobrança de impostos para uso da Coroa, a título de prerrogativa, sem autorização do Parlamento e por um período mais longo ou por modo diferente do autorizado pelo Parlamento, é ilegal;

Que os súditos têm direito de petição ao rei, sendo ilegais todas as prisões e perseguições contra o exercício desse direito;

Que o recrutamento e manutenção de um exército permanente no território do reino em tempo de paz, salvo mediante consentimento do Parlamento, é ilegal;

[...]

Que a eleição dos membros do Parlamento deve ser livre;

Que a liberdade de palavra e debates ou procedimentos, no Parlamento, não deve ser coarctada por processos de acusação política ou investigação criminal (_ought_not_to_be_impeached7_or_questioned) em nenhum tribunal ou local fora do Parlamento;

Que não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas excessivas, nem infligidas penas inusitadas ou cruéis;

Que os jurados devem ser devidamente alistados e sorteados, e que os jurados incumbidos de julgar em processos de alta traição devem ser proprietários (_freeholders)8;

Que todas as aplicações ou cominações de multas e penas sem culpa formada são ilegais e nulas;

E que, para a reparação de todas as injustiças e para correção, revigoramento e preservação das leis, os Parlamntos devem ser convocados com freqüência.

6. Tradicionalmente, o rei tem o dever de corrigir injustiças (_to_redress_wrongdoing) cometidas por qualquer autoridade do reino. A _petition é a reclamação que um súdito faz ao rei, pedindo que este faça cessar uma injustiça de que o súdito é vítima. A instituição passou a fazer parte do sistema de garantias fundamentais do direito contemporâneo. Veja-se o art. 5º, XXXIV, a, da Constituição brasileira de 1988: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

7. O _impeachment, no direito público inglês, é um juízo de acusação OU pronúncia, proferido pela Câmara dos Comuns contra uma autoridade pública, acarretando a sua suspensão de pleno direito do cargo ou das funções que exerce. O impeached é julgado pela Câmara dos Lordes. A Constituição norte-americana (capítulo 2, artigo 4) acolheu o instituto em caso de "traição, corrupção, ou outros crimes e delitos", cometidos pelo Presidente da República. o Vice-Presidente e "todos os funcionários civis dos Estados Unidos". Seguindo o modelo norte-americano, várias Constituições de Estados latino-americanos

adotaram o instituto.

8. O *freeholder* é o proprietário de imóvel alodial, isto é, livre de encargos OU gravames de qualquer ordem.

CAPÍTULO 4º

A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE

A - A Declaração de Independência dos Estados Unidos

A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

Fatores predisponentes da independência americana

A identidade de uma nação é de natureza predominantemente cultural, formando um conjunto próprio de costumes, valores e visões do mundo. É essa especificidade cultural que distingue uma nação das demais e acaba por torná-la um Estado independente. No caso dos Estados Unidos, o patrimônio cultural próprio formou-se, desde os primórdios da colonização em contraste com os valores sociais e costumes políticos vigentes na Grã-Bretanha. A independência das treze colônias britânicas da América do Norte era, portanto, um resultado histórico previsível e inelutável.

Três grandes características socioculturais atuaram como fatores predisponentes, para a criação do novo Estado.

o primeiro e 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 próprio¹. Desde o início do século XVII, o núcleo colonial que acabou moldando a futura nação norte-americana - a Nova Inglaterra - constituiu-se como sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo organizado de cidadãos livres, iguais perante a lei, e cuja diferenciação interna só podia existir em função da riqueza material. É verdade, porém, que nas colônias do sul, em lugar da divisão estamental introduziu-se a escravidão negra, em flagrante violação ao princípio da igualdade fundamental do ser humano. Mas essa instituição nefanda foi uma espécie de pecado original do novo Estado, cujo resgate custou rios de sangue no século seguinte e ainda continua a produzir efeitos desagregadores até hoje.

Para essa fundação de uma sociedade igualitária, muito contribuíram os quacres, que imigraram da Inglaterra no século XVII. Eles eram resolutamente antimonarquistas, reivindicavam a posse em comum das terras de lavoura e recusavam-se a tirar o chapéu diante das autoridades.

O princípio da igualdade jurídica entre os homens livres, como se sabe, foi o traço da sociedade americana que mais impressionou Alexis de Tocqueville, quando de sua viagem de estudos e pesquisas ao país, de maio de 1831 a fevereiro de 1832. Tão marcado ficou o jovem magistrado francês com o fato de ex-colônias européias haverem repudiado completamente a organização aristocrática tradicional do Velho Continente, que desenvolveu, em obra famosa, a tese da democratização

inútil da humanidade, no futuro próximo².

1. Sobre este assunto, cf. supra, capítulo 1º, *Magna Carta*, contexto histórico.

2. *De la Démocratie en Amérique*, cujo 1º volume foi publicado em 1835 e 2º em 1840.

É claro que a igualdade de condição jurídica não significou, de modo algum, o nivelamento socioeconômico da sociedade norte-americana. À época em que Tocqueville visitou o país, ainda não se haviam formado grandes fortunas privadas, mas tudo se encaminhava para isso. A supressão dos privilégios estamentais, com a livre circulação de bens num mercado unificado, representou um dos mais importantes estímulos ao desenvolvimento da economia capitalista. A este fator objetivo, acrescentou-se outro, não menos importante, ligado à mentalidade do povo norte-americano, e que não passou despercebido à argúcia do jovem aristocrata francês. "Desconheço um país", anotou ele, "em que o amor do dinheiro ocupe um lugar mais amplo no coração do homem, e onde se professe um desprezo mais profundo pela teoria da igualdade permanente dos bens". A fortuna individual pode não ser hereditária, mas ela "circula por lá com incrível rapidez, e a experiência ensina que é raro ver duas gerações recolherem seus favores"³. A América do Norte foi, desde o início, uma sociedade de proprietários, em que a igualdade perante a lei exercia a função de garantia fundamental da livre concorrência: ou seja, uma democracia burguesa. Ao escrever nos *Federalist Papers* contra o poder ilimitado de tributação (ensaio n. 35), Hamilton designou claramente as classes dominantes do novo Estado federal que se tentava criar, ao afirmar que as câmaras legislativas, com raras exceções, seriam compostas de proprietários rurais, comerciantes e profissionais liberais.

O sentido da honra e dos privilégios pessoais, típico do espírito aristocrático, como assinalou Montesquieu, jamais mudou entre os norte-americanos. Em seu lugar, instalaram-se, desde o primeiro século da colonização, o espírito empresarial e a paixão do lucro, o que acabou por tornar os Estados Unidos,

3. *De la Démocratie*, v. 1, Paris, Librairie de Médicis, 1951, p. 80.

em pouco mais de dois séculos, a maior potência capitalista de todos os tempos.

A igualdade essencial de condição jurídica do indivíduo foi bem marcada, desde o início da colonização, no acordo celebrado pelos peregrinos do *Mayflower* (o chamado *Mayflower Compact*), em 1620. Vale a pena transcrever esse protodocumento da independência americana, porque ele ilustra de maneira singular a teoria do contrato social como fundamento de todas as instituições políticas, tal como foi exposta e desenvolvida, sucessivamente, por Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e, sobretudo, Jean-Jacques Rousseau, ou seja, a idéia de que toda sociedade política autêntica é fruto de um acordo de vontades:

"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".

As duas 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 (*_government_by_consent*).

O primeiro movimento de colonização inglesa da América do Norte, como sabido, foi provocado pelo espírito de rebeldia

dos calvinistas, no ambiente de pesada intolerância religiosa, que predominou na Grã-Bretanha desde o século XVI. As duas principais colônias estabelecidas na Nova Inglaterra - a dos peregrinos do *_Mayflower* e a dos puritanos da baía de Massachusetts - eram formadas por cristãos dissidentes da confissão anglicana oficial, os quais sofriam, por essa razão, severas restrições à sua liberdade de culto. A persistência desse espírito individualista em matéria religiosa esteve, aliás, na origem de duas outras colônias oriundas do núcleo inicial do Massachusetts: a de Connecticut, do Reverendo Thomas Hooker, e a de Rhode Island, fundada por Roger Williams.

Compreende-se, pois, que já no ano seguinte à declaração de independência, Thomas Jefferson tenha apresentado à Câmara de delegados das ex-colônias uma lei sobre a liberdade de religião, e que o primeiro artigo da chamada "Declaração de Direitos" norte-americana, constituída pelas dez primeiras emendas à Constituição Federal, votadas pelo Congresso em 25 de setembro de 1789, diga respeito à liberdade de religião, de palavra e de imprensa.

Quanto ao princípio do poder político consentido, os colonos de Plymouth já o praticavam desde 1620, elegendo o governador da província e os delegados à assembléia provincial. Sem dúvida, tratava-se à época de um sistema oligárquico, mas a idéia do *_government_by_consent* acabaria sendo o molde indispensável ao funcionamento futuro da democracia americana, uma vez admitido o sufrágio universal.

Eventos que desencadearam o movimento de independência

A guerra franco-inglesa pela ocupação do território canadense, ao aumentar em mais do dobro as despesas correntes do

4. A respeito da influência da doutrina calvinista na formação da teoria política moderna, cf. Quentin Skinner, *_As_Fundações_do_Pensamento_Político_Moderno*, Companhia das Letras, 1999, parte seis.

governo inglês. levou sucessivos primeiros-ministros a reforçar o poder imperial sobre o vasto território norte-americano e a elevar os impostos. Uma promulgação régia de 1763 traçou uma linha de demarcação, ao longo da cadeia dos Apalaches, a oeste da qual as relações comerciais com as tribos indígenas só poderiam ser feitas, doravante, por funcionários da coroa e não mais diretamente pelos colonos americanos. No ano seguinte, o Parlamento britânico votou o *_Currency_Act*, que retirou da circulação várias espécies de papel-moeda e causou enorme retração do meio circulante em todo o território colonial.

Em 1765, um novo imposto do selo veio perturbar fundamentalmente as transações comerciais em toda a América do Norte. Em 1767, era a vez do comércio exterior das colônias ser afetado por novos direitos tarifários. Para um povo que revelou, desde os primórdios, um mercado espírito mercantil, essas medidas eram dificilmente suportáveis.

Revoltas foram se sucedendo em várias cidades e acabaram por provocar a reunião das colônias em Congressos Continentais, o primeiro dos quais realizado em Filadélfia, em 1774. As instruções da delegação de Virgínia, publicadas sob o título *A Summary View of the Rights of British America*, foram redigidas por Thomas Jefferson. Lá já se encontram algumas idéias que ele desenvolveria, dois anos mais tarde, no projeto da Declaração de Independência, como o direito de autodeterminação dos povos livres, fundado na igualdade entre todos os homens, a existência de direitos naturais do ser humano ("direitos que derivam das leis da natureza e não são doações do primeiro magistrado") e o princípio da dignidade do povo ("os reis são servidores, não proprietários do povo"⁵).

5. As diferentes etapas de elaboração da *Declaração de Independência* foram minuciosamente descritas por Pauline Maier, em seu livro *American Scripture - Making the Declaration of Independence*, Alfred A. Kopf, New York, 1997.

o Congresso Continental de 1776, no entanto, reduziu em cerca de um terço o original de Jefferson, suprimindo notadamente o seguinte trecho, em que se condenava o tráfico negreiro em termos grandiloquentes:

"Ele (o rei Jorge III) empreendeu uma guerra cruel contra a própria natureza humana, ao violar os seus mais sagrados direitos à vida e à liberdade, nas pessoas de um povo distante que jamais o ofendeu, capturando-as e transportando-as como escravos em outro hemisfério, quando não fazendo-as morrer miseravelmente durante a viagem. Essa operação bélica de pirataria, o opróbrio de potências infieis, é a guerra empreendida pelo Rei cristão da Grã-Bretanha. Decidido a manter aberto um mercado em que seres humanos seriam comprados e vendidos, ele prostituiu seu poder de veto, ao suprimir toda iniciativa legislativa de proibir ou restringir esse comércio execrável. E para que esse conjunto de horrores nada fique a dever ao acaso, ele está agora incitando aquelas mesmas pessoas a levantar armas contra nós, de modo a conquistar a liberdade da qual ele as privou, pelo assassinio do povo em cujo seio elas foram introduzidas: compensando, por essa forma, os crimes cometidos contra as liberdades de um povo com os crimes que ele o força a cometer contra as vidas do outro povo"⁶.

Importância histórica da Declaração de Independência

A característica mais notável da Declaração de Independência dos Estados Unidos reside no fato de ser ela o primeiro docu-

6. A acusação ao rei da Inglaterra de favorecer o tráfico de escravos, na verdade cobria o fato evidente de que algumas colônias do sul, notadamente Carolina e Geórgia, sempre se opuseram à sua abolição.

mento a afirmar os princípios democráticos, na história Política moderna.

A própria idéia de se publicar uma declaração das razões do ato

de independência, por um "respeito devido às Opiniões da humanidade", constituiu uma novidade absoluta. Doravante, juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens, indiscriminadamente.

Na verdade, a idéia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular. Uma nação só está legitimada a auto-afirmar sua independência, porque o povo que a constitui detém o poder político supremo. Os governos são instituídos entre os homens para garantir seus direitos naturais, de tal forma que seus poderes legítimos derivam do consentimento dos governados". E "toda vez que alguma Forma de Governo torna-se destrutiva (dos fins naturais da vida em sociedade), é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova Forma de Governo". Aí está afirmado, com todas as letras, o direito de revolução, sobre o qual já havia teorizado John Locke.

Na concepção dos chamados Pais Fundadores dos Estados Unidos, a soberania popular acha-se, assim, intimamente unida ao reconhecimento de "direitos inalienáveis⁷ de todos os homens, "entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade". Nesta e em outras partes da Declaração de Independência, transparece a lição dos clássicos, que Jefferson conhecia perfeitamente⁸. O conceito de felicidade (eudaimonia, literalmen-

7. *Second Treatise al Government*, §§ 224 e s.

8. Como observou com razão Carl J. Richard, "os líderes revolucionários procuraram substituir, a uma sociedade dominada por uma aristocracia de nascimento, uma sociedade dirigida por uma aristocracia de mérito. No século XVIII, mérito significava cultura e cultura significava conhecimento dos clássicos" (*The Founders and the Classics - Greece, Rome, and the American Enlightenment*), Harvard University Press, 1996, p. 51.

te, ter um bom espírito guardião) da filosofia grega está intimamente ligado a uma vida virtuosa e, por isso, era bem distinto da noção puramente objetiva e sentimental que o termo adquiriu na idade moderna. Para Aristóteles, esse bem supremo é eminentemente prático, isto é, está ligado às ações próprias do ser humano, que dizem respeito às qualidades superiores da alma⁹. Mas para que o homem alcance a felicidade na ação, é preciso que lhe sejam dadas condições externas de vida mais adequadas¹⁰. Ou seja, tudo depende da organização da pólis¹¹.

É este, exatamente, o sentido da expressão usada no preâmbulo da Declaração de Independência. Jefferson era suficientemente arguto para saber que ninguém possui um direito inato à felicidade; que a realização desta, na vida individual, não depende exclusivamente das virtudes dos cidadãos. Mas ele também percebeu, com apoio na lição dos clássicos, que a dignidade humana exige que se dêem, a todos, as condições políticas indispensáveis à busca da felicidade¹².

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o 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. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade

9. *Ética a Nicômaco*, 1095 a. 15: 1098 a. 20.

10. *Idem*, 1101 a. 15.

11. Política, 1328 a. 20 e s.

12. Não é de se afastar, por outro lado, a provável influência que sobre Jefferson exerceu o rico pensamento francês sobre o tema, durante o século XVIII (Cf. Robert Mauzi, *L'Idée de bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII siècle*, Paris, A. Colin, 1960). Rousseau, por exemplo, afirmou que "quanto mais bem organizado um Estado, maior o predomínio das questões públicas sobre as privadas, porque a soma da felicidade comum fornece uma porção mais considerável à felicidade de cada indivíduo e, por isso mesmo, há menos necessidade de se procurar a felicidade através dos cuidados particulares de vida" (*Do Contrato Social*, livro 3º, cap. XV).

democrática, com o respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. Até então, a soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados.

A Confederação dos Estados Unidos da América do Norte nasce sob a invocação da liberdade, sobretudo da liberdade de opinião e religião, e da igualdade de todos perante a lei. No tocante, porém, ao terceiro elemento da tríade democrática da Revolução Francesa - a fraternidade ou solidariedade - os norte-americanos não chegaram a admiti-lo nem mesmo retoricamente. A isto se opôs, desde as origens, o profundo individualismo, vigorante em todas as camadas sociais; um individualismo que não constituiu obstáculo ao desenvolvimento da prática associativa na vida privada, como bem observou Tocqueville¹³, mas que sempre se mostrou incompatível com a adoção de políticas conetivas das grandes desigualdades socioeconômicas.

O Texto¹⁴

4 de julho de 1776

(Excertos)

Uma Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral

Quando, no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços políticos que o vincularam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição separada e igual a que o habilitam as leis da natureza e do deus da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem a separação.

13. Cf. *De la démocratie en Amérique*, v. I, 2ª parte, cap. IV; v. II, 2ª parte, cap. V.

14. No texto original, os períodos seguem-se uns aos outros sem parágrafos mas unicamente separados por travessão. A tradução aqui apresentada manteve a grafia de certas palavras em maiúscula, de acordo com o texto original.

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.

Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à

consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir

uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja organização de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a segurança e a felicidade. Com efeito, a prudência aconselha a não se mudarem, por razões superficiais e transitórias, governos há muito estabelecidos, pois a experiência tem demonstrado que os homens são mais dispostos a sofrer males suportáveis, do que a realizar seus direitos pela abolição de formas de governo às quais já se acham acostumados. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, visando Invariavelmente ao mesmo objetivo, revela o desígnio de submetê-los a um despotismo absoluto, é seu direito e seu dever livrar-se desse governo e prover novos guardiães para sua segurança futura¹⁵.

Tal foi o paciente sofrimento destas colônias; e assim surge agora a necessidade que as força a alterar seus antigos sistemas de governo. A história do atual rei da Grã-Bretanha é uma história de repetidas injustiças e usurpações, todas tendo por objetivo direto o estabelecimento de uma tirania absoluta sobre estes estados. Para prová-lo, submetam-se os fatos ao juízo imparcial do mundo. Ele tem-se recusado a sancionar as leis mais salutares e necessárias ao bem público. [...] Ele tem-se recusado a promulgar outras leis para a organização de distritos largamente povoados, a menos que o povo desses distritos abra mão do direito de representação no Legislativo, um direito inestimável para o povo e temível apenas para os tiranos.

Ele tem convocado as assembleias legislativas para se reunirem em locais inabituais, inconfortáveis e distantes do arquivo dos Registros públicos, com a única finalidade de obrigá-los pelo cansaço a aceitar tais medidas.

15. O texto parece fazer alusão, aqui, à concepção política de Platão no *República*, para quem os governantes supremos deviam ser os guardiães da segurança coletiva.

Ele tem dissolvido repetidamente as Casas de Representantes, pelo fato de que estas se têm oposto firmemente às suas violações dos direitos do povo.

Ele se tem recusado por muito tempo, após essas dissoluções, a permitir que outras (assembleias legislativas) sejam eleitas; [...]

Ele tem obstruído a administração da justiça, ao se recusar a sancionar leis para o estabelecimento de poderes Judiciários.

Ele tornou os juizes dependentes da vontade própria dele, soberano, para o provimento de seus cargos. [...]

Ele tem feito com que os militares sejam independentes do poder civil e a este superiores.

Ele se tem conluiado com outros para nos submeter a uma jurisdição estranha à nossa constituição e não reconhecida pelas nossas leis, sancionando atos de pretensa legislação. [...]

Para suprimir o nosso comércio com todas as partes do mundo;

Para impor tributos sem o nosso consentimento;

Para despojar-nos, em muitos casos, dos benefícios do processo pelo júri;

Para transportar-nos ao ultramar a fim de submeter-nos a processo por pretensos delitos; [...]

Ele tem excitado insurreições internas entre nós, e tem-se esforçado por fazer ingressar (em nosso território) os habitantes de nossas fronteiras, os impiedosos índios selvagens, cuja reconhecida norma de guerra é a destruição indiscriminada de pessoas de todas as idades, sexo e condições (sociais). [...]

Em conseqüência, nós, os Representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, invocando o juiz supremo do mundo quanto à retidão de nossas intenções, em nome e pela autoridade do bom povo destas colônias, solenemente publicamos e declaramos que estas colônias unidas são, e de direito devem ser, estados livres e independentes; que elas estão desvinculadas de toda submissão à Coroa Britânica, e que todo vínculo político entre elas e o estado da Grã-Bretanha é e deve ser totalmente dissolvido; e que, enquanto estados livres e independentes, elas têm plenos poderes para fazer a guerra, concluir a paz, contrair alianças, estabelecer o comércio e praticar todos os outros atos e fazer tudo o que estados independentes têm o direito de fazer.

E para confirmar esta Declaração, com firme confiança na Divina Providência, empenhamos mutuamente nossas vidas, nossas fortunas e nossa honra sagrada.

As Declarações de Direitos Norte-Americanas

Juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, as declarações de direitos norte-americanas constiuem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas. A afirmação da autonomia individual, que vinha sendo progressivamente feita na consciência européia desde fins da Idade Média, assume na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, no último quartel do século XVIII, contornos jurídicos definitivos.

Acontece que a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou o indivíduo mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu, em troca, a segurança da legalidade e nada mais. Foi preciso aguardar o advento do Estado Social, no século XX, para que os grandes riscos sociais da existência humana fossem assumidos, doravante não mais pelos grupos tradicionais, mas pelo Estado. Os *bills of rights* norte-americanos são, essencialmente, declarações de direitos individuais. O pensamento político-jurídico norte-americano permaneceu aliás, até hoje, vinculado a essa fase histórica, sem aceitar a evolução posterior. no sentido de uma afirmação dos direitos sociais e dos direitos da humanidade 16.

16. Para essa interpretação exclusivamente individualista dos direitos humanos muito contribuiu a Suprema Corte dos Estados Unidos. Com efeito, ao julgar em 1803 o caso *Marbury V. Madison*, que consagrou o juízo de constitucionalidade das leis, declarou o juiz Marshall:

"_The _province _of _the _court _is, _solely, _to _decide _on _the _rights _of _individuals, _not _to _inquire _how _the _executive, _or _executive _officers, _perform _duties _in _which _they _have _a _discretion. _Questions _in _their _nature _political, _or _which _are, _by _the _constitution _and _laws, _submitted _to _the _executive, _can _never _be _made _in _this _court". Ora, os direitos sociais realizam-se por meio de políticas públicas ou programas governamentais. Se essas políticas não podem ser submetidas ao judicial control, então elas não geram direitos.

É preciso, no entanto, assinalar que nesse campo dos direitos individuais, os norte-americanos foram, incontestavelmente, pioneiros. A declaração de Virgínia é de 12 de junho de 1776, sendo coeva, portanto, do movimento de independência dos Estados Unidos. Em 16 de agosto do mesmo ano, a Pennsylvania aprovou, Juntamente com a sua Constituição,

uma declaração de direitos largamente copiada da Declaração de Independência. Quatro anos depois, em 1780, o Estado de Massachusetts adotou também o seu *Bill of Rights*, inteiramente redigido por John Adams.

Se, juridicamente, o principal precedente das declarações de direitos norte-americanas é o *Bill of Rights* inglês de 1689, o seu fundamento filosófico vem não só de Locke, mas também do pensamento ilustrado europeu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e Rousseau.

Os norte-americanos, porém, não se limitaram a receber passivamente esse patrimônio cultural: foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária.

A Constituição em sua acepção moderna é, efetivamente, uma criação norte-americana. Para os antigos, a idéia de constituição significava a organização tradicional de determinada sociedade, incluindo não só as relações de poder político, como também o conjunto das instituições da vida privada, notadamente a família, o grupo familiar alargado (como a *gens* romana, por

17. Cf., *supra*, capítulo 3º.

exemplo), a educação e a propriedade. A *politéia*, na concepção grega, não era certamente um ato de vontade, nem do povo nem dos governantes, e, por isso mesmo, não tinha nenhum sentido finalístico: ela não havia sido explicitamente criada para exercer determinada função. Expressava, simplesmente, a estrutura social, sendo portanto, como disse Isócrates, "a alma da cidade"¹⁸, ou seja, o que ela tem de mais íntimo e pessoal. Por isso mesmo, Aristóteles assinalou que "é antes de tudo a *politéia* que se deve considerar, para dizer que uma cidade (*polis*) continua a mesma"¹⁹.

Essa idéia antiga de Constituição, ligada aos direitos naturais ou tradicionais do povo, ainda permanece viva no direito político inglês. As antigas leis fundamentais apareciam, nessa ótica, mais como explicitações das franquias tradicionais do que como criações de um direito novo.

A Constituição moderna, ao contrário, tal como a conceberam pela primeira vez os norte-americanos, é um ato de vontade, o supremo ato da vontade política de um povo. A sua finalidade precípua é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes²⁰. Por esta razão, ela deve constar de um documento solene, que é a verdadeira Carta Magna das liberdades.

Contrariamente ao princípio da soberania parlamentar, que prevaleceu na Inglaterra, a supremacia da Constituição sobre as leis pareceu, desde o início, o primeiro mandamento do

18. *Aeropagítica*, 14.

19. *Política*, III, 1276b. 10 e s.

20. Escrevendo aos constituintes de Massachusetts, em 21 de outubro de 1776, os habitantes da cidade de Concord advertiam: "*We conceive that a Constitution in as proper idea intends a system of principles established to secure the subject in Possession and enjoyment of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part*" (cit. por S. E. Morison,

org., Sources and Documents Illustrating the American Revolution, 2ª ed., 1929, p. 177).

sistema jurídico norte-americano. A Suprema Corte firmou-o definitivamente no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 21.

Neste mesmo precedente, foi também afirmado o Princípio da judiciabilidade de todo e qualquer direito fundado em

21. Lê-se no célebre acórdão:

"The question whether an Act repugnant to the Constitution can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognise certain principles, supposed to have been long and well established, to decide in. (Como sempre, o raciocínio judicial anglo-saxônico busca fundar-se na tradição, quando, na verdade, era uma grande inovação que se estava apresentando nesse julgamento.)

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.

This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments.

The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined and limited, and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if those limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that legislature may alter the constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law; unchangeable by ordinary means, or it is on level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the

_legislature, _repugnant _to _the _constitution, _is _void" (...).

norma constitucional. Ora, como os direitos humanos passaram a fazer parte integrante das diferentes Constituições dos Estados e da Constituição Federal, reconheceu-se que a primeira e fundamental garantia desses direitos era de natureza judicial.

Ambos esses princípios - da supremacia da Constituição sobre as leis e da garantia judicial dos direitos humanos - só vieram a ser incorporados ao direito europeu continental na segunda metade do século XX.

A Declaração de Direitos de Virgínia

O texto original foi de autoria de George Mason, que representou o Estado na Convenção de Filadélfia de 1787, onde foi votada a Constituição.

O estilo é mais retórico do que técnico-jurídico, distanciando-se portanto do modelo inglês de 1689. Ademais, refletindo a mentalidade puritana, predominante nas colônias norte-americanas, as regras de direito são consideradas indissociáveis da moralidade pessoal, como se pode perceber da leitura do parágrafo 15: declara-se, aí, que o bom funcionamento das instituições políticas depende, em última análise, das virtudes individuais dos cidadãos.

A proclamação de abertura, asseverando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

É importante assinalar que os dois primeiros parágrafos da declaração de Virgínia expressam com nitidez os fundamentos regime democrático: o reconhecimento de "direitos inatos" de toda pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política (parágrafo 1), é o princi-

pio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes a este subordinados (parágrafo 2).

O parágrafo 3, de certa forma, completa a declaração da soberania popular do parágrafo anterior, proclamando o direito do povo de substituir os governantes ou, mais radicalmente de mudar a forma de governo, caso a organização estatal se revele incapaz de realizar os fins de toda sociedade política, quais sejam, a felicidade e a segurança dos cidadãos.

No parágrafo 4 é afirmado o princípio fundamental da igualdade perante a lei, pela rejeição dos privilégios pessoais e da hereditariedade nos cargos públicos.

Em complemento, o parágrafo 5 estabelece e proclama a igualdade de condição política de todo cidadão, ou seja, o princípio democrático de que ninguém nasce na condição imutável (o status do antigo regime) de governante ou governado. Qualquer pessoa pode aspirar a um cargo de governo, cujo exercício é necessariamente transitório, sendo que, após exercer esse cargo, a pessoa reverte automaticamente à condição de governado, em situação igual à dos outros cidadãos. A única forma legítima de acesso aos cargos de governo é, portanto, a livre eleição popular, a ser realizada em períodos regulares. De acordo com o ensinamento de Montesquieu, reconhece-se que a melhor maneira de se preservar a liberdade dos governados e prevenir o abuso de poder consiste em separar, institucionalmente, as funções legislativa, executiva e judiciária.

A disposição do parágrafo 6 contém uma certa ambigüidade, pois

não fica claro se o "permanente interesse comum e a dedicação à comunidade", como condição para o direito de votar, estão ligados unicamente à situação de proprietário. A garantia contra a expropriação abusiva, que vem expressa no mesmo período, parece indicar a normal admissibilidade do voto censitário, isto é, o reconhecimento de que somente os cidadãos que demonstrem a sua condição de proprietários são legitimados a votar.

A declaração constante do parágrafo 7 vai na linha de defesa da soberania parlamentar, estabelecida pelo *Bill of Rights* inglês. Ainda não se havia concebido a competência do Judiciário para declarar inválidas as leis contrárias à Constituição, suspendendo-se, por conseguinte, a sua execução, tanto mais que, na Inglaterra, os juízes sempre foram considerados, institucionalmente, como altos funcionários do rei. A *judicial review*, aliás, não chegou a ser expressa na Constituição norte-americana de 1787, mas só veio a ser admitida a partir da decisão da Corte Suprema no caso *Marbury v. Madison*, como acima dito²².

As disposições dos parágrafos 8 a 13 têm por objeto, todas elas, a proteção da liberdade. É digno de nota o fervor com que se defende a instituição do júri (ele "deve ser tido por sagrado"), o que se explica por uma certa prevenção existente na Inglaterra, desde a Idade Média²³, e, por conseguinte, também nas colônias inglesas, contra as cortes de justiça estabelecidas pelo rei. A declaração de que "a imprensa livre é um dos grandes baluartes da liberdade" dever ser ressaltada pela sua absoluta prioridade histórica. Ela se toma, logo depois, um dos pilares da cidadania democrática norte-americana (Primeira Emenda à Constituição)²⁴.

Quanto à liberdade de religião, que esteve na origem dos principais empreendimentos de colonização na América do Norte, ela vem consagrada pelo parágrafo 16. Observe-se, no entanto, que o respeito a essa liberdade é claramente apresentado como uma exigência das virtudes cristãs.

22. Cf. nota 16.

23. Cf., *supra*, capítulo 1º, a *Magna Carta*, cláusulas 21 e 39.

24. Em carta a Edward Carlington, enviada de Paris em 16 de janeiro de 1787, Thomas Jefferson reconheceu que "se me fosse concedido decidir se nós devêssemos ter um governo sem jornais, ou jornais sem governo, eu não hesitaria um minuto em preferir esta última possibilidade" (*Basic Writings of Thomas Jefferson*, Org, Philip S. Foner, Nova York, Willey Book Company, 1944, p. 549-50).

Outra idéia pioneira dos norte-americanos, imediatamente aproveitada pelos revolucionários franceses na década seguinte, foi a substituição da força militar permanente por uma milícia popular (parágrafo 13). Como a história das monarquias européias demonstrou sobejamente, um exército permanente, ainda que composto de cidadãos do país e não de mercenários é um instrumento temível de submissão do povo aos grupos dominantes.

Finalmente, com a declaração do parágrafo 14 procurou-se pôr fim à anômala situação política da Virgínia (igual à das outras colônias norte-americanas, de resto), em que o governo local nem sempre tinha respeitada a sua autonomia pelo governo britânico. Era preciso deixar bem assentada a soberania externa do novo Estado. Por outro lado, porém, essa declaração de soberania externa, se interpretada em sua literalidade, faria obstáculo à inclusão da Virgínia num Estado federal, em que as unidades políticas, ao contrário da confederação, submetem-se

também, em certos assuntos, a poderes gerais e não locais. Aí estava pois, em germe, o conflito que se manifestou tragicamente, no século seguinte, sob a forma de uma guerra civil.

O Texto²⁵

Declaração de Direitos feita pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunido em Convenção plena e livre, direitos esses que pertencem a ele e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

1. 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, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

25. Tradução do autor.

2. Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados²⁶ são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele.

3. O governo é e deve ser instituído para comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade. De todas as formas de governo, a melhor é aquela capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e a que mais efetivamente ofereça garantia contra o perigo da má administração. Toda vez que algum governo for considerado inepto ou contrário a esses fins, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, modificá-lo ou aboli-lo, da maneira que julgar mais proveitosa ao bem-estar geral.

4. Nenhum indivíduo ou grupo social está autorizado a obter proventos especiais ou privilégios da comunidade, a não ser em função de serviços públicos. Tais proventos ou privilégios não são transmissíveis por sucessão, da mesma forma que os cargos de magistrado, legislador ou juiz não devem ser hereditários. 5. Os poderes legislativo e executivo do Estado devem ser separados e distintos do judiciário. A fim de que os membros dos dois primeiros, ao sentirem as aspirações do povo e delas participarem, sejam afastados de toda opressão, eles devem voltar, em períodos predeterminados, à condição privada e ao seu grupo social de origem, sendo as vacâncias de cargos supridas por meio de eleições freqüentes, certas e regulares, nas quais todos ou alguns dos antigos membros sejam novamente elegíveis ou inelegíveis, segundo o que for determinado pelas leis. 6. As eleições de representantes do povo em assembleias devem ser livres, e todos aqueles que tenham dedicação à comunidade e consciência bastante do interesse comum permanente têm direito de voto²⁷, e não podem ser tributados ou expropriados por utilidade pública, sem o seu consentimento ou o de seus representantes eleitos, nem podem ser submetidos a nenhuma lei à qual não tenham dado, da mesma forma, o seu consentimento para o bem público.

7. Todo poder de suspender a vigência ou a execução de leis, exercido por qualquer autoridade sem o consentimento dos representantes do povo, é nocivo aos seus direitos e não deve ser admitido.

8. Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte (capital prosecutions), o réu tem direito de saber a causa e a natu-

26. A palavra é aqui empregada em seu sentido romano, de ocupante de uma função pública com poder (potestas, imperium) sobre o

povo, e não no sentido moderno de juiz.

27. Evidentemente, nem as mulheres nem a _fortiori os escravos constituíam esses cidadãos plenamente dedicados à comunidade e conscientes do bem comum.

reza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas de produzir prova em sua defesa, bem como de ser julgado com presteza Por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força da lei da terra ou pelo julgamento de seus pares.

9. Fianças criminais excessivas não devem ser exigidas, nem multas excessivas impostas, nem penas cruéis ou aberrantes infligidas.

10. Mandados judiciais, que autorizem oficiais de justiça ou meirinhos a efetuar buscas em lugares suspeitos, sem prova do fato cometido, ou a deter pessoa ou pessoas não nomeadas, ou cujo delito não é especificamente descrito e provado, são gravosos e opressivos e, por isso, não podem ser concedidos.

11. Em litígios concernentes à propriedade, bem como em processos judiciais entre particulares, o júri tradicional é preferível a qualquer outro e deve ser tido como sagrado.

12. A imprensa livre é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode nunca ser restringida, senão por governos despóticos.

13. Uma milícia bem organizada, composta de gente do povo, treinada no manejo das armas, constitui a defesa apropriada, natural e segura de um Estado livre. Exércitos permanentes em tempo de paz devem ser evitados como perigosos á liberdade. Em qualquer caso, a milícia deve ser estritamente subordinada ao poder civil e por ele governada.

14. O povo tem direito a um governo uniforme e, por conseguinte, nenhum governo separado ou independente do governo de Virgínia deve ser composto ou instituído dentro dos limites de seu território.

15. Nenhum governo livre, que traga as bênçãos da liberdade, pode ser garantido para um povo, senão pela adesão firme à justiça, à moderação, à temperança, à frugalidade e à virtude, assim como pelo recurso constante aos princípios fundamentais.

16. A religião, ou os deveres que possuímos para com o nosso Criador, bem como o modo de cumpri-los, só podem ser dirigidos pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência. Em consequência, todos os homens são igualmente autorizados ao livre exercício da religião, de acordo com os ditados de sua consciência. É dever mútuo de todos praticar a indulgência cristã, o amor e a caridade, uns para com os outros.

As dez primeiras emendas à Constituição norte-americana

Uma questão sempre intrigou os historiadores, no tocante à aprovação da Constituição norte-americana: por que razão não

foi incluída no texto original uma declaração de direitos fundamentais do cidadão?

Numa das últimas sessões da Convenção de Filadélfia, George Mason, redator da Declaração de Direitos de Virgínia, manifestou-se a favor de que a Constituição Federal fosse "prefaciada com um _Bill_of_Rights". Acolhendo a sugestão, dois outros convencionais propuseram, desde logo, que se criasse uma comissão especial de elaboração do texto. A objeção partiu de Roger Sherman, representante do Connecticut: como as declarações estaduais de direitos, já promulgadas, não seriam revogadas

pela nova Constituição, parecia-lhe inútil que esta as reafirmasse. Posta a votos, a proposta de George Mason foi então rejeitada à unanimidade.

Na verdade, essa rejeição não parece nada extraordinária, quando se atenta para a idéia política predominante entre os convencionais, naquele momento. Cuidava-se de resolver o grave problema da incapacidade da organização confederal, adotada após a independência, para dar unidade ao novo Estado norte-americano, sobretudo em matéria de comércio exterior e de segurança externa. Para os Pais Fundadores, a Convenção de Filadélfia fora convocada unicamente para reorganizar politicamente os Estados Unidos, no nível dos Poderes Públicos. Tudo o que se referia aos direitos dos cidadãos entendia-se que devia ser deixado à discrição das Constituições estaduais. Ora, todas elas, salvo a de Nova York, já continham um *_bill_of_rights_*.

Foi essa, de resto, a argumentação apresentada por Alexander Hamilton, durante a campanha de ratificação da Constituição pelos Estados²⁸. "Uma individuação circunstanciada de direitos particulares", disse ele, "convém muito menos a uma constituição como aquela que hoje examinamos, cujo objeto é regular os inte-

28. *_O_Federalista_*, n. 84, As citações foram extraídas da primeira tradução em língua portuguesa, por autor anônimo, publicada no Rio de Janeiro em 1840, (Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Compi.)

resses gerais políticos da nação, do que a uma constituição que deve regular as relações dos indivíduos entre si".

Para reforçar essa posição, e a fim de repelir as objeções que Jefferson vinha arguindo vigorosamente em sentido contrário, Hamilton lançou mão de um argumento radical. Lembrou que todas as declarações de direitos inglesas haviam sido estipulações concluídas entre os reis e seus vassallos. Assim fora com a *_Magna_Carta_*, com a petição de direitos reconhecida por Carlos 1 no princípio de seu reinado e com o *_Bill_of_Rights_* de 1689. "Donde se vê", prosseguiu, "que a expressão *bill de direitos* não se aplica a uma constituição expressamente fundada sobre o poder do povo, e cuja execução é confiada aos seus representantes e delegados imediatos. Nesta, não abandona o povo os seus direitos; e como conserva tudo, não tem necessidade de reservas particulares". E indo até o extremo dessa linha de pensamento, afirmou com sofisticada sutileza que "bills de direitos, no sentido e com a extensão que se lhes quer dar, não só seriam inúteis, mas ainda mesmo perigosos, no plano que se discute. Como todos estes bills não poderiam conter senão exceções a poderes que a constituição não concede, nada mais próprio para dar pretextos plausíveis de pretender mais do que nela se acha estabelecido".

O fato é que, chamados a ratificar a Constituição, os Estados, como Jefferson previra, não se deixaram impressionar por esse sofisma e condenaram a omissão de um *_bill_of_rights_* na nova Carta Política. Logo em 1789, durante a primeira legislatura do Congresso, James Madison, convertido por Jefferson à necessidade de se aprovar uma declaração de direitos fundamentais no plano federal, apresentou sua proposta de emenda constitucional aditiva, a qual, após várias alterações, acabou sendo aprovada pelas duas Casas Legislativas em 25 de setembro. Doze artigos, cada qual considerado uma emenda distinta, foram enviados à ratificação, que se completou em 1791. Mas dois deles não obtiveram a aprovação de três quartos dos Estados, como exigido pela Constituição. Tratava-se, na verdade, de disposições estra-

nhas a uma verdadeira declaração de direitos fundamentais: a primeira

fixava o número de deputados em relação ao colégio eleitoral e a segunda regulava a remuneração dos parlamentares.

O *Bill of Rights* norte-americano, como são chamadas tradicionalmente as dez primeiras emendas à Constituição Federal, é vazado em estilo cerradamente técnico, sem as elevações retóricas da Declaração de Direitos de Virgínia, que Madison tinha obyiamente sob os olhos quando redigiu a sua proposta ao Congresso. O consenso geral dos intérpretes é de que as duas últimas emendas - a 9ª e a 10ª - não constituem, a rigor, declarações de direitos fundamentais. Essa exegese trai uma concepção restrita dos direitos humanos à simples proteção da liberdade individual, como foi assinalado acima. A rigor, a afirmação de que certos direitos pertencem naturalmente ao povo como coletividade e não aos indivíduos que o compõem, e de que tais direitos não podem ser suprimidos ou restringidos pelos governantes, constitui obyiamente uma declaração de direitos fundamentais.

Em uma decisão de 1833 29, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou que essas emendas não se aplicariam aos Estados federados, pois elas foram concebidas originalmente, e assim ratificadas, como limitações tão-só aos poderes da União Federal. Ao deflagrar-se a guerra civil em 1860, ficou claro que essa interpretação equivalia a denegar, praticamente, a qualidade de fundamentais aos direitos aí declarados, pois se a abolição da escravatura não vem afirmada explicitamente em nenhuma das dez emendas, e se os Estados, por conseguinte, eram legitimados a manter o instituto nefando, logicamente a legislação estadual tampouco ficaria vinculada ao respeito dos demais direitos aí declarados. Convém lembrar que em 1857, portanto às vésperas da guerra civil, a Suprema Corte quase anulou o princípio da supremacia do Judiciário perante os outros Poderes, na guarda da Constituição, ao julgar que um escravo,

29. *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*.

introduzido no território de um Estado que proibira a escravidão, nem por isso perdia a sua condição servil³⁰.

Essa situação anômala só veio a ser corrigida com a promulgação da 14ª emenda, em 1868. Declarou-se, então, que "nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico (*without due process of law*)³¹ nem denegará a alguma pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis".

Numa interpretação seletiva da 14ª emenda, porém, a Corte Suprema assentou, em sucessivas decisões, que nem todos os direitos declarados no *Bill of Rights* aplicar-se-iam aos Estados federados. Entendeu, assim, que a 2ª emenda, garantindo o direito de portar armas³², a 5ª emenda, na parte em que exige que todo processo-crime principie perante um júri de acusação; e a 7ª emenda, que vincula todo processo civil a um tribunal de júri, teriam sua aplicação restrita unicamente às relações entre os cidadãos e os Poderes Públicos federais.

A declaração de liberdade de palavra, de imprensa e de religião, constante da 1ª emenda, tem sido comumente apre-

30. *Dred Scott v. Sandford*. Não resta dúvida que essa decisão absurda muito contribuiu para fortalecer a posição dos Estados escravistas, de oposição às decisões do Congresso de proibir a escravidão nos novos territórios a serem colonizados no oeste do país.

31. *Due process of law* é uma expressão inglesa do século XIV, significando o direito natural ou o direito justo, em oposição à

interpretação formalística dos textos normativos.

32. Deve-se assinalar que o verdadeiro sentido histórico desse direito de portar armas, que já constava da Declaração de Direitos de Virgínia (parágrafo 13), está ligado, como o texto deixa claro, à defesa da segurança coletiva por meio de uma milícia popular e não de um exército profissional. No entanto, a Suprema Corte acabou legitimando, pelas suas omissões e contra-sensos interpretativos, a tese do direito individual de portar armas, sem nenhuma ligação com a defesa da coletividade contra o inimigo externo. Esse enorme desvio exegético consolidou a situação de insegurança coletiva das populações, pela multiplicação dos crimes de homicídio e lesões corporais com armas de fogo.

sentada, a partir de um famoso acórdão da Corte Suprema³³, como se situando numa "posição de maior realce", relativamente aos demais direitos humanos.

Mas o grande elemento revitalizador dos direitos fundamentais nos Estados Unidos tem sido, inegavelmente, a fórmula geral do necessário respeito ao "_due _process _of _law". A jurisprudência, logo após o término da guerra civil, assentou que, além dos efeitos processuais (notadamente o direito a uma ampla defesa em todo processo-crime), a cláusula tem também um elemento substancial: toda vez que uma lei restringe ou suprime indevidamente a liberdade individual, ela viola um direito inato da pessoa, cuja proteção constitui a finalidade de toda a organização estatal.

O Texto³⁴

Artigo Primeiro

O Congresso não editará lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir-se pacificamente, ou o de petição ao governo para a correção de injustiças.

Artigo Segundo

Sendo necessária uma milícia bem organizada para a segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e portar armas não será violado³⁵.

33. "_Freedom _of _press, _freedom _of _speech, _freedom _of _religion _are _in _apreferred _position": Murdock v. Pennsylvania (1943).

34. Tradução do autor.

35. Trata-se, ainda aqui, da consagração de um direito tradicional dos ingleses. William Blackstone, no seu tratado clássico "_Commentaries _on _the _Laws _of _England" (t. 1, 1765, p. 125. 136 e s.), afirma que na Inglaterra sempre se reconheceram, a par de três "_principal _absolute _rights" (o direito à segurança pessoal, o direito à liberdade pessoal e o direito de propriedade), também "_auxiliary _subordinate _rights", a saber, o direito de acesso às cortes de justiça, o direito de petição ao Rei e ao Parlamento, e o direito de cada indivíduo portar armas na forma da lei.

Artigo Terceiro

Em tempo de paz, nenhum soldado será alojado em alguma casa sem o consentimento do proprietário, nem tampouco em tempo de guerra, fora

dos casos prescritos em lei.

Artigo Quarto

Todos têm direito à segurança de suas pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias, sendo que nenhum mandado judicial nessa matéria será expedido sem razão plausível, fundada em juramento ou declaração solene (affirmation)³⁶, descrevendo especificamente o local onde será feita a busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Artigo Quinto

Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante, a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um júri de acusação (grand jury), exceto em se tratando de fatos ocorridos nas forças armadas de terra ou mar, ou então na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou de perigo público; ninguém será sujeito duas vezes, pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física, nem será forçado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico; ninguém será expropriado de seus bens para uso público sem uma justa indenização.

Artigo Sexto

Em todo processo criminal, o acusado terá direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial do Estado e distrito em que o crime foi cometido, distrito esse que deve ter sido previamente fixado pela lei, além do direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa.

Artigo Sétimo

Nos processos de common law, em que o valor da causa não excede vinte dólares, o direito a um julgamento pelo júri será preservado e ne-

36. No antigo direito anglo-americano, a _affirmation é uma declaração formal e solene da verdade de certos fatos (cf. _Black's _Law _Dictionary , 4ª ed., St. Paul, West Publishing, 1968, verbete _affirmation).

nenhum fato, julgado pelo júri, será reexaminado por tribunal algum dos Estados Unidos, senão de acordo com as normas de common law.

Artigo Oitavo

Não serão exigidas nem impostas fianças ou multas excessivas, nem infligidas penas cruéis ou aberrantes.

Artigo Nono

A especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo pOVO.

Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem denegados por ela aos estados, são reservados aos estados ou ao povo, respectivamente.

CAPÍTULO 5º

AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A idéia de revolução muda de sentido

_Revolutio, em latim, é o ato ou efeito de _revolvere (_volvere significa volver ou girar, com o prefixo re indicando repetição), no sentido literal de rodar para trás e no figurativo de volver ao ponto de partida, ou de lembrar-se. Copérnico, na obra famosa de 1543, com a qual lançou as bases do sistema heliocêntrico (_De _revolutionibus _orbium _coelestium), usou o substantivo para designar o movimento cíclico e necessário dos astros, notadamente o movimento orbital dos planetas em torno do sol.

O uso político do vocábulo começou com os ingleses, no sentido de uma volta às origens e, mais precisamente, de uma restauração dos antigos costumes e liberdades. A idéia, portanto, não se afastava muito da astronomia e implicava o reconhecimento de que a história política é cíclica ou repetitiva. O termo _revolution é assim usado, pela primeira vez, para caracterizar a restauração monárquica de 1660, após a ditadura de Cromwell. Vinte e oito anos depois, o episódio da derrubada da dinastia Stuart, com a conseqüente entronização do duque de Orange e sua mulher, ficou definitivamente marcado nos relatos históricos como a _Glorious _Revolution. No _Bill _of _Rights de 1689 1, de resto, a idéia dominante, expressa já no preâmbulo é a da restauração das antigas prerrogativas dos súditos diante do monarca, numa tradição histórica que remonta à _Magna _Carta2.

1. Cf. capítulo 3º, _supra.
2. Cf., _supra, capítulo 1º.

Essa mesma acepção do vocábulo aparece entre os norte-americanos por ocasião da independência. Uma interpretação anacrônica da palavra _revolução, influenciada retroativamente pela Revolução Francesa, procura mostrar o sentido inovador da fundação dos Estados Unidos da América como nação independente. Essa inovação existiu sem dúvida, objetivamente, com a instauração de algumas instituições pioneiras, como a separação de poderes. Mas, no espírito dos Pais Fundadores, a assim chamada "revolução americana" consistiu, tal como na Inglaterra de 1688, na restauração das antigas e costumeiras prerrogativas dos súditos norte-americanos da coroa britânica. É significativo, aliás, que toda a argumentação da Declaração de Independência visou a demonstrar não que o regime monárquico fosse essencialmente injusto, mas que o rei Jorge III havia decaído de sua soberania sobre os povos norte-americanos, pelo fato de se ter transformado num tirano, ao negar as liberdades tradicionais de que gozavam seus súditos do outro lado do Atlântico.

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra _revolução uma mudança semântica de 180º.

Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas. a instauração _ex _novo não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua

estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas - inclusive e sobretudo a violência³ - para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos.

Compreende-se, nessa perspectiva, que a palavra _restauração tenha entrado no vocabulário político francês com uma

3. "A força", escreveu Karl Marx em *O Capital*, "é parteira de toda sociedade que traz uma nova em suas entranhas" na tradução de Reginaldo Sant'Anna, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1998, livro primeiro, v. II, p. 564.

conotação diametralmente oposta à _restoration dos ingleses Na história política francesa, o termo designa o restabelecimento dos Bourbons na França, após a derrota de Napoleão; ou seja, o retorno ao _Ancien Régime, com a supressão de todas as inovações revolucionárias.

A consciência de que a Revolução Francesa inaugurava um mundo novo tomou conta dos espíritos desde as primeiras jornadas revolucionárias. Victorine de Chastenay, em suas *Memórias* (1771-1815), ao comentar a tomada da Bastilha, reproduziu toda a emoção que o extraordinário acontecimento suscitara:

"Sim, a _Revolução⁴. A palavra foi consagrada naquele dia, e essa palavra, que supunha uma ordem inteiramente nova, uma refusão completa, uma cnação total, acelerou o movimento das coisas e não deixou subsistir mais nenhum ponto de apoio"⁵.

A convicção de fundar um mundo novo, que não sucedia o antigo, mas a ele se opunha radicalmente, levou aliás os revolucionários à destruição sem remorsos de um número colossal de monumentos históricos e obras de arte, em todo o território do reino. Para os líderes intelectuais da revolução, esses bens não apresentavam nenhum valor cultural, mas eram, bem ao contrário, contravalores.

Os líderes revolucionários estavam tão convencidos de que acabavam de inaugurar uma nova era histórica que não hesitaram em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo Ano 1 iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a nova As-

4. Palavra grifada e com inicial maiúscula, no texto original.

5. Apud Stéphane Rials, *La _déclaration _des _droits _de _l'homme _et _do _citoven*, Paris, Hachette, 1988, p. 54.

sembléia Constituinte que inaugurou o regime republicano⁶. Ao mesmo tempo, operaram a imediata substituição dos pesos e medidas vigentes há séculos e que variavam de região a região e mesmo de cidade a cidade, pelo novíssimo sistema métrico decimal, fundado no cálculo matemático. Se o novo calendário deixou de vigorar com o término da Revolução, o sistema métrico acabou sendo adotado definitivamente em quase todo o mundo.

Foi esse aspecto de inovação radical, como salientou Michelet, que revelou a influência inconsciente, exercida pela visão cristã do mundo no espírito dos revolucionários. Assim como o cristianismo operou uma recontagem do tempo histórico a partir do suposto ano de nascimento de Jesus Cristo, assim também imaginaram os próceres da Revolução Francesa que a História recomeçaria a partir da proclamação do novo regime republicano (mas não da tomada da Bastilha, como se poderia

supor).

Efetivamente, a oposição essencial entre a pregação de Jesus de Nazaré e a tradição honrada pelos grupos religiosos mais influentes de seu tempo centrou-se na diferença de sentido histórico. Enquanto fariseus e saduceus voltavam-se para o passado, concentrado na lei mosaica, Jesus anunciou uma nova vida e um homem novo, que avança confiante em direção ao Reino de Deus. No tenso diálogo com Nicodemos, narrado no Evan-

6. O calendário republicano foi criado por decreto da Convenção de 24 de outubro de 1793. O ano começava no equinócio de outono e era dividido em 12 meses de 30 dias cada um, mais 5 ou 6 dias complementares, consagrados à celebração das festas republicanas. Cada mês era dividido em três décadas ou grupos de 10 dias. O calendário republicano vigorou até 1º de janeiro de 1806, mas desde 2 de dezembro de 1804, quando Napoleão foi sagrado imperador, a França já havia deixado de ser oficialmente uma república.

7. *Histoire de la Révolution Française*, t. 1, Introdução, Primeira Parte, Paris, Gallimard, 1952, p. 21 e s.

gelho de João⁸, a questão central é justamente a do renascimento do homem. Daí o sentido místico do batismo, como imersão nas águas lustrais, uma espécie de reingresso do neófito no útero materno, de onde nasce para uma vida nova.

São Paulo, na Epístola aos Romanos (6, 1-11), enfatizou essa significação do batismo como uma espécie de cesura histórica entre o homem velho-pecador-e o homem novo, resgatado do pecado pela morte de Cristo.

A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como a sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como a destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. E essa violência, doravante ligada quase que indissolúvelmente à idéia de revolução, representou, sob muitos aspectos, ao longo da história, a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abriu o movimento revolucionário.

Para esse resultado negativo muito contribuiu o racionalismo abstrato dos grandes líderes revolucionários de 1789. Muitos deles estavam, sinceramente, mais preocupados em defender a pureza das idéias do que a dignidade concreta da pessoa humana. A crítica reacionária da época, de resto, não deixou de assinalar esse desvio. "A Constituição de 1795", escre-

8. Eis o episódio narrado em 3. 1-4. na versão da Bíblia de Jerusalém: "Havia, entre os fariseus, um membro do Sinédrio chamado Nicodemos. Veio ele, à noite, ter com Jesus e lhe disse: *Rabi, sabemos que vens da parte de Deus como um mestre, pois ninguém pode fazer os sinais que fazes, se Deus não estiver com ele.* Jesus lhe respondeu: *Em verdade, em verdade te digo: quem não nasce do alto não pode ver o Reino de Deus.* Disse-lhe Nicodemos: *Como pode um homem nascer sendo já velho? Poderá entrar uma segunda vez no seio de sua mãe e nascer?* Respondeu-lhe Jesus: *Em verdade, em verdade te digo: quem não nasce da água e do Espírito não pode entrar no Reino de Deus.*"

veu Joseph de Maistre⁹, "tal como as suas irmãs mais velhas, é feita para o homem. Ora, não há homem no mundo. Em minha vida, vi franceses,

italianos, russos etc. Sei até, graças a Montesquieu, que se pode ser persa¹⁰: mas quanto ao homem, declaro que nunca o encontrei em toda a minha vida, se ele existe, eu o ignoro completamente" ("s'il existe, c'est bien à mon insu"). Edmund Burke, no mesmo diapasão, comentou: "Qual a utilidade de se discutir o direito abstrato do homem à comida ou ao remédio? A questão toda gira em torno do método para obtê-los e fornecê-los. Eu aconselharei sempre que se convoque o auxílio de um agricultor e de um médico, antes que o de um professor de metafísica"¹¹.

Mas a verdade é que foi unicamente graças a esse "espírito de geometria" da razão abstrata, sempre a mesma em todos os tempos e lugares, e que veio substituir o império da tradição, variável de povo a povo, que as idéias revolucionárias puderam ser levadas, em pouco tempo, a quase todos os quadrantes do mundo.

O espírito universal da Declaração de 1789

O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bills of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíam à sua *revolution*, como acima lembrado, era essencial-

9. *Considérations sur la France*, Editions Complexe, 1988, p. 87.

10. Alusão às *Lettres Persanes* de Montesquieu, onde o narrador conta que a revelação de sua origem causava grande emoção entre os franceses: Ah! ah! o senhor é persa? É algo muito extraordinário! Como se pode ser persa? (*Oeuvres Complètes*, t. 1, Gallimard, p. 176-7).

11. *Reflections on the Revolution in France*, Penguin Books, p. 151-2.

almente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica.

Os revolucionários 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 deputados nesse sentido¹². Dêmeunier afirmou, na sessão de 3 de agosto, que "esses direitos são de todos os tempos e de todas as nações". Mathieu de Montmorency repetiu, em 8 de agosto: "os direitos do homem em sociedade são eternos, (...) invariáveis como a justiça. eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países". Pétion, que foi *maire* de Paris, considerou normal que a Assembléia se dirigisse a toda a humanidade: "Não se trata aqui de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral".

Foi Duquesnoy, porém, que explicou, com toda 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".

Foi em razão desse espírito de universalismo militante que Tocqueville considerou a Revolução Francesa mais próxima dos grandes movimentos religiosos do que das revoluções políticas. "Vimo-la (a Revolução Francesa) aproximar ou separar OS homens, a despeito das leis, das tradições, dos temperamentos, da língua, transformando por vezes os compatriotas em inimi-

12. As citações apresentadas a seguir foram extraídas do livro de Stéphane Rials, cit., p. 350-1.

gos e os estrangeiros em irmãos; ou antes, ela formou, acima de todas as nacionalidades particulares, uma pátria intelectual comum, da qual OS homens de todas as nações puderam tornar-se cidadãos"13. Um fenômeno semelhante só voltou a ocorrer com a Revolução Russa de 1917.

E, efetivamente, o espírito da Revolução Francesa foi difundido, em pouco tempo, não só na Europa, como também em regiões tão distantes quanto a Índia, a Ásia Menor e a América Latina14.

Na conspiração baiana de 1798, verificou-se que as idéias revolucionárias francesas já haviam conquistado os oficiais e artesãos mais humildes15. O alfaiate pardo João de Deus, um dos insurgentes executados, e que no momento de sua prisão possuía em tudo e por tudo 80 réis de patrimônio, pretendia que "todos (os brasileiros) se fizessem Francezes, para viverem em igualdade e abundancia" [...]. Propunha "destruir ao mesmo tempo todas as pessoas publicas, atacar os Mosteiros, franquear as portas aos que quisessem sahir [...] reduzindo tudo a huma inteira revolução, que todos ficarão ricos, [...] tirados da miséria em que se achavão. extincta a differença de cor branca, preta e parda, porque uns e outros serão sem differença chamados e admitidos a todos os ministérios e cargos". Nos manifestos afixados nas igrejas e praças públicas de Salvador, em 12 de agosto de 1798, lia-se: "cada hum soldado he cidadão, mormente os homens pardos e pretos que vivem escornados e abandonados,

13. *L'Ancien Régime et la Révolution*, Oeuvres Complètes, t. II, 3ª ed., Paris, Gallimard, v. 1, p. 87.

14. No Bengala, Ram Mohan Ro inspirou-se nas idéias de 1789 para criar, no início do século XIX, o primeiro movimento reformista e nacionalista da Índia moderna. Em meados do século, a influência da Revolução Francesa fez-se claramente na Turquia (cf. Eric Hobsbawm, *The Age of Revolution*, 1789 - Nova York, Vintage Books, 1996, p. 54-55.

15. As citações que se seguem foram extraídas do artigo do historiador inglês Kenneth Maxwell. *A Conspiração Baiana de 1798*, publicado no jornal *Folha de S. Paulo* em 26 de julho de 1998, caderno 6, p. 5 e s.

todos serão iguaes, não haverá diferença, só haverá liberdade, igualdade e fraternidade". Os mesmos manifestos prometiam aos soldados 200 réis por dia e propunham a abertura do porto ao comércio com todas as nações, sobretudo com a França.

Liberdade, igualdade e fraternidade: a transposição do ideal na prática

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se

praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios¹⁶.

Em pouco tempo, aliás, percebeu-se que o espírito da Revolução Francesa era, muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos. Daí por que, ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, a idéia de separação de Poderes, malgrado a afirmação peremptória do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi rapidamente esquecida. É que a supressão dos privilégios, na lei e nos costumes, exigia a organização de uma forte centralização de poderes. sem rígidas separações entre os diferentes ramos do Estado e sem qualquer concessão de autonomia federativa aos entes locais. Dessa

16. É significativo, a esse respeito, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, só se refere à liberdade e à igualdade. A fraternidade fez sua entrada na Constituição de 1791, como um dos objetivos da celebração de festas nacionais: "Il sera établi des fêtes nationales pour consenser le souvenir de la Révolution Française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux bis". O tríptico famoso só veio a ser proclamado oficialmente com a Constituição republicana de 1848 (Preâmbulo. IV).

centralizaçãO sem limites à reinstauração do Poder absoluto, no regime do Terror, foi só um passo.

Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam há séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias¹⁷. Esse movimento igualitário só não conseguiu afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos. Em vários cahiers de doléances¹⁸, as mulheres do Tiers Etat reclamaram em vão contra a situação de injusta inferioridade. em que se encontravam em relação aos homens¹⁹. Condorcet fez publicar na imprensa, um ano após o início da Revolução²⁰, um artigo Sobre a admissão das mulheres ao direito de cidadania, mas a Assembléia Nacional ignorou-o. Em 1791, a escritora e artista dramática Olympe de Gouges redigiu e publicou uma Declaração dos Direitos da Mulher e da cidadã, calcada sobre a Declaração de 1789. Fez constar ousadamente do artigo X que "a mulher tem o direito de subir ao cadafalso", assim como o "direito de subir à tribuna". Efetivamente, havendo tomado em público a defesa de Luís XVI, após a sua detenção em Varennes quando tentava fugir da França, Olympe de Gouges pôde exercer o seu direito de subir ao cadafalso.

17. Esse decreto foi revogado em 1802, durante o Consulado. Mas a própria fórmula da revogação é significativa: "o tráfico de negros e sua importação nas colônias far-se-ão conforme as leis e regulamentos existentes antes de 1789". Ou seja, reconheceu-se que a proibição do comércio de seres humanos era uma consequência implícita dos princípios proclamados pela Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão.

18. Veja-se abaixo, em Fontes das declarações de direitos da Revolução Francesa o que foram os cahiers de doléances.

19. Cf. Cahiers de doléances des femmes et autres textes, Paris, Edition des femmes, 1981.

20. *Journal de la Société* 1789, n. 5, de 3 de julho de 1790.

No tocante à liberdade política, a Revolução Francesa entendeu-a antes como a libertação da "tirania monárquica" do que como a efetiva instauração de um regime plúrimo de liberdades individuais. Até como medida de defesa nacional contra o cerco do novo Estado revolucionário pelas potências europeias do Ancien Régime. a República Francesa deu nascimento a um novo tipo de conflito bélico, que iria multiplicar-se nos dois séculos seguintes: a guerra de libertação dos povos contra a opressão interna e externa. Os revolucionários franceses estavam convencidos de que a libertação da França constituía, tão-só, a primeira etapa para a instauração do reino universal da liberdade igualitária. Um decreto da Assembléia Legislativa, datado de 19 de novembro de 1792, declarava: "A França oferece fraternidade e auxílio a todos os povos que queiram reconquistar a liberdade". Pondo em prática o paradoxo que Rousseau formulara no Contrato Social, os líderes mais exaltados enxergavam na invasão militar de outros países uma espécie de recurso extremo, a fim de forçá-los a serem livres²¹.

No discurso que pronunciou na Convenção em 24 de abril de 1793, Robespierre propôs que a nova declaração de direitos a ser votada contivesse as seguintes disposições grandiloquentes:

Art. I. Os homens de todos os países são irmãos, e os diferentes povos devem se ajudar mutuamente de acordo com seu poder, como cidadãos do mesmo Estado.

II. Aquele que oprime uma nação declara-se inimigo de todas as outras.

III. Os que guerreiam um povo para travar os progressos da liberdade e aniquilar os direitos humanos

21. "A fim de que o pacto social, portanto, não seja uma fórmula Vã, ele há de conter tacitamente esse compromisso, que é o único a dar força aos demais- qual seja o de que todo aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será competido a isso por todo o corpo social: o que não significa outra coisa senão que ele será forçado a ser livre" (Livro 1, capítulo VII).

devem ser perseguidos por todos, não como inimigos ordinários, mas como assassinos e bandidos rebeldes.

IV. Os reis, os aristocratas, os tiranos, quaisquer que sejam, são escravos revoltados contra o soberano da terra, que é o gênero humano, e contra o legislador do universo, que é a natureza²².

Ainda nesse particular, por conseguinte, a Revolução Francesa distinguiu-se nitidamente do movimento de independência dos Estados Unidos. A sociedade norte-americana jamais conhecera as divisões estamentais ou as guerras de religião, que convulsionaram a Europa. Tirante a escravidão negra, ela era, portanto, juridicamente igualitária. Ao rejeitarem a proposta de Jefferson - esta sim revolucionária - para a imediata abolição da escravatura²³, os convencionais de Filadélfia puseram em marcha o processo histórico que levaria inexoravelmente à guerra civil, no século seguinte.

Na França, ao contrário, o grande impulso revolucionário eclodiu como uma desforra, longamente reprimida, contra a humilhação das desigualdades. Como bem observou um contemporâneo, "as servidões da

propriedade rural, os embaraços à indústria foram sacudidos pelo povo menos por serem onerosos,

que por serem injuriosos". A Revolução representou, sob esse aspecto, tanto no povo humilde quanto na burguesia endinheirada, um remédio contra "os sofrimentos do amor-próprio"²⁴. Seja como for, as ondas de revolta provocadas pela Revolução de 1789, não só na França, como em toda a Europa Ocidental e em outros continentes, desmentem a tese segundo a qual as

22. Cf. Robespierre, *Discours et Repports à la Convention*, Paris, Union Générale Editions, 1965, p. 121.

23. Cf., *supra*, capítulo 4º.

24. Roederer, citado em François Furet e Mona Ozouf, *Dictionnaire Critique de la Revolution Française*, 1988 (Fiammanon), verbete égalité, p. 696.

declarações francesas, por serem meras exortações²⁵, teriam sido menos importantes que os *bills of rights* norte-americanos, para o efetivo assentamento dos direitos humanos no curso da história²⁶. Como foi salientado em outra parte²⁷, as técnicas jurídicas utilizadas, em um e outro caso, são bem diferentes. Seguindo a tradição inglesa, os norte-americanos deram mais ênfase às garantias judiciais do que à declaração de direitos pura e simples. Os franceses, ao contrário, quase que se limitaram a declarar direitos, sem mencionar os instrumentos judiciais que os garantissem. É preciso não esquecer, no entanto, que o Direito vive, em última análise, na consciência humana. Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais (*Grundrechte*, segundo a terminologia alemã). Por isso mesmo, uma proclamação de direitos, mesmo quando despida de garantias efetivas de seu cumprimento, pode exercer, conforme o momento histórico em que é lançada, o efeito de um ato esclarecedor, iluminando a consciência jurídica universal e instaurando a era da maioridade histórica do homem. Declarar, aliás, é vocábulo cognato de esclarecer, de aclarar. E o espírito do século XVIII, convém lembrar, é marcado pela idéia de que as luzes da razão (*Lumières*, *Aufklärung*, *enlightenment*, *iluminismo*) iluminavam todas as ações humanas e desvendavam os segredos da natureza.

25. É o termo empregado por Roscoe Pound, a respeito das declarações de direitos da tradição européia continental (*The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, 1957, p. 8).

26. Foi o que sustentou o grande jurista alemão Georg Jellinek, no início do século (*Die Erkldrung der Menschen-und Bürgerrechte*), suscitando viva contestação de Émile Boulmy, em artigo publicado em *Les Annales des Sciences Politiques*, t. 17(1902), p. 415 e s.

27. Cf. capítulo 2º.

Mas quem seria o agente capaz de levar a bom termo a magna tarefa de guiar a vida política pelas luzes da razão e reconstituir a França? Povo, nação e representação política

O grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar um outro titular da soberania, ou poder

supremo, em substituição ao monarca. A idéia de monarquia absoluta, combatida por todos os pensadores do "século das luzes", tornou-se inaceitável para a nova classe ascendente, a burguesia. Tinha esta, de fato, sólidos argumentos para retomar o movimento histórico em favor da limitação de poderes dos governantes, iniciado na Baixa Idade Média com a Magna Carta, e seguido na Inglaterra pela *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*. Não foi, aliás, por outra razão que Voltaire e Montesquieu sempre apresentaram a Inglaterra como o exemplo a ser seguido na França. Aconteceu que essa seqüência histórica de atos de limitação de poderes supunha, logicamente, a manutenção de um centro de poder a ser limitado, o qual, no caso da França, era tradicionalmente o rei. A partir do momento em que este centro de poder político desaparecia, ou se encontrava seriamente enfraquecido, desequilibrava-se todo o edifício político. Dos três estamentos que compunham oficialmente a sociedade francesa, o clero e a nobreza não tinham, naquele momento histórico, a menor legitimidade para reivindicar para si a soberania, porque continuavam apegados a privilégios que oprimiam o povo humilde e restringiam a liberdade econômica dos burgueses.

Restava, pois, aquele que, à míngua de denominação mais precisa, era chamado "o terceiro estamento" (*le Tiers Etat*), cuja identidade social era, por assim dizer, negativa: compunham-nos aqueles que, excluídos da nobreza e do clero, não gozavam dos privilégios ligados a estas duas ordens superiores. O *Tiers Etat* era, na verdade, um aglomerado social heterogêneo, formado

de um lado pela classe burguesa: o conjunto dos comerciantes de todos os ramos, os profissionais liberais e os proprietários urbanos que viviam de renda ou de juros (*rentiers e capitalistes*)²⁸. Era formado, ademais, pelo enorme grupo social restante, geralmente designado como o povo (*le peuple*), isto é, a massa dos não-proprietários, dos pequenos artesãos, empregados domésticos, operários e camponeses²⁹. Entre um grupo e outro, como os sucessos imediatamente posteriores vieram demonstrar de modo dramático, a separação de corpo e espírito era completa. Em suma, era claramente impossível, naquele momento histórico, atribuir-se a soberania política ao povo.

Na verdade, essa questão de atribuição da nova soberania pôs-se, de modo indireto, desde as primeiras sessões da assembléia dos "estamentos gerais do reino" (*Etats Généraux du Royaume*), convocada pelo rei Luís XVI. Seus trabalhos abriram-se solenemente em Versalhes em 5 de maio de 1789. No dia 10 de junho, os deputados do *Tiers Etat*, que já haviam conseguido, por decisão do Conselho do rei, duplicar o seu número relativamente aos representantes dos dois outros estamentos, passaram a exigir que as votações se fizessem por cabeça e não por voto coletivo de cada ordem ou estamento. Em sinal de

28. No final do século XVIII, o termo *capitaliste* tinha um sentido pejorativo, designando o usurário.

29. No verbete *peuple*, da *Encyclopédie*, cujo volume foi publicado em 1766, Louis de Jaucourt começa dizendo que se trata de um "nome coletivo de difícil definição, porque dele são formadas idéias diferentes nos diversos lugares e tempos, segundo a natureza dos governos". "Outrora", informou, "o povo era o estamento geral da nação, simplesmente oposto ao dos grandes e nobres. Ele compreendia os lavradores, os operários, os artesãos, os negociantes, os financistas, os literatos e os profissionais do direito (*les gens de lois*).". De Jaucourt entendia, porém, que estes últimos profissionais já se haviam destacado da "massa do povo que compreendia doravante tão-só os operários e lavradores (*les ouitriers et les laboureurs*). Esse

resto, afinal, não era minoritário nem desprezível no conjunto da população, pois de Jaucourt entendia que "os homens que compõem o que denominamos _povo (...) formam a parte mais numerosa e mais necessária da nação".

protesto, os clérigos e nobres, com mínimas exceções individuais, abandonaram a assembléia, que ficou assim inteiramente nas mãos do "_Tiers _Etat". Como denominar então o conjunto dos deputados que permaneceram em funções, os quais já não podiam se intitular corretamente representantes dos "_Etats _Généraux _du _Royaume"?

Na sessão de 15 de junho, Mirabeau sugeriu a adoção da fórmula "assembléia dos representantes do povo francês", explicando que a palavra _povo era elástica e podia significar muito ou pouco, conforme as necessidades ou conveniências. Foi justamente essa ambigüidade que provocou a censura da proposta de Mirabeau, desde logo feita por dois juristas eminentes, Target e Thouret, bons conhecedores do direito romano. Em que sentido dever-se-ia tomar a palavra _povo: como _plebs ou como _populus?30. Era claro que, em se aceitando o primeiro significado, haveria a instauração de uma autêntica democracia, no sentido primigênio da palavra no mundo ateniense, em que o _demos, isto é, a massa do povo - nela incluídos os não-proprietários, que compunham a esmagadora maioria - passaria a exercer uma cidadania ativa, votando as leis e julgando os governantes.

A solução do problema veio de Sieyês, com base nas idéias políticas publicadas pouco antes, na obra que o tornou célebre _Qu'est-ce _que _le _Tiers _Etat?: os deputados passariam a reunir-se em uma assembléia nacional.

A classe burguesa resolvia assim, elegantemente, a delicadíssima questão da transferência da soberania política. Em lugar do monarca, que deixava o palco, entrava em cena uma entidade global, dotada de conotações quase sagradas, que não podiam ser contestadas abertamente pela nobreza e o clero, sob

30. O _populus _Romanus compreendia oficialmente dois estamentos: o dominante, formado pelos patrícios, teoricamente descendentes dos fundadores de Roma, e o estamento inferior dos plebeus. Os poderes políticos do _populus sempre foram muito mais reduzidos do que os que a Constituição ateniense atribuía ao _demos.

pena de sofrerem a acusação de antipatriotismo, entidade essa que, de qualquer forma, pairava acima do povo, onde predominava a força numérica dos não-proprietários.

A grande vantagem prática da fórmula encontrada pelos deputados do _Tiers _Etat foi que o novo soberano, pela sua própria natureza, é incapaz de exercer pessoalmente o poder político. A nação pode existir politicamente como referência simbólica, mas só atua, contrariamente ao que ocorre com o povo, por meio de representantes. "O princípio de toda soberania" proclama o artigo 3 da Declaração de 1789, "reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade alguma que dela não emane expressamente". É bem verdade que no artigo 6 ainda se admite que "todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente" à formação das leis e, no artigo 14, que eles podem "verificar por si mesmos ou por meio de representantes seus, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego, bem como de determinar o seu montante, a base de cálculo, a cobrança e a duração". Mas a Constituição promulgada em 1791, afastando todas as veleidades de um fracionamento individual da

soberania, dispôs com uma clareza cortante: "A Nação, de quem unicamente emanam todos os Poderes, não pode exercê-los senão por delegação. - A Constituição francesa é representativa" (título III, art. 2º).

Obtinha com isto a classe burguesa, logo no início do movimento revolucionário, o exercício efetivo e exclusivo do poder político, em nome de todos os cidadãos. Na Constituição de 1791, de resto, chegou-se a dividir a cidadania em duas espécies: ativa e passiva. Esta última, como a massa do povo não tardou em perceber, era todo o legado que a Revolução lhe atribuía politicamente, no inventário do *Ancien Régime*: o nOVO soberano reina simbolicamente, mas não governa.

Os revolucionários radicais, chamados jacobinos, logo após a execução de Luís XVI ainda procuraram evitar esse resultado

frustrante, ao votar a Constituição de 1793, dita do Ano 1. Adotando as idéias de um projeto apresentado por Robespierre, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dessa primeira Constituição republicana francesa proclamou claramente a soberania popular, proibindo que alguma "porção do povo pudesse exercer o poder supremo que pertence ao povo em sua integralidade" (vejam-se os arts. 25 e 26 abaixo).

A instituição da representação política moderna, muito diversa do sistema representativo que se praticava na Idade Média, foi obra da Constituição americana e da Revolução Francesa. Na representação antiga, representados eram os estamentos ou grupos sociais, concretamente identificados. Na representação moderna, diferentemente, representada é sempre uma coletividade global, seja ela a nação ou o povo, considerada como

wn todo homogêneo, sem divisões internas. Os representantes são eleitos pelos votos dos indivíduos componentes dessa coletividade, sempre iguais entre si, não por uma assembléia do grupo ou estamento representado, onde os votos podem ser de peso diverso. No desdobramento da Revolução Francesa, aliás, todos os grupos sociais institucionalizados - das corporações às assembléias provinciais - foram extintos de um só golpe com a Lei Le Chapelier, de modo a não deixar nenhuma instância intermediária entre os indivíduos e os governantes. Ora, essa atomização política na base da sociedade deixou o campo livre para o reforço incontrolado de poderes na cúpula, em manifesta contradição com a tendência histórica de limitação de poderes governamentais, iniciada no Ocidente desde a Baixa Idade Média³¹.

31. Tocqueville (op. cit., vol. 1, p. 85) lembra, a esse respeito, a aguda observação de Mirabeau, numa das cartas que escreveu secretamente a Luís XVI, menos de um ano após o início da Revolução: "A idéia de formar uma classe única de cidadãos teria sido do agrado de Richelieu: essa superfície igual facilita o exercício do Poder. Vários reinados de um governo absoluto não teriam feito tanto quanto este Único ano de Revolução, em favor da autoridade real".

A consolidação da civilização burguesa

Durante todo o desenrolar do processo revolucionário, foi impossível aos coetâneos perceber qual o verdadeiro sentido da Revolução para o futuro, quais os seus efeitos duradouros e quais os meramente transitórios; tanto mais que estes últimos pelo seu caráter extraordinário, impressionavam mais fundamentamente os espíritos. Afinal, é essa a regra geral em matéria de observação histórica. Somos todos, de certa forma, acometidos de hipermetropia: quanto mais próximos nos encontramos dos fatos históricos, menos conseguimos enxergá-los com nitidez.

Foi preciso que transcorresse pouco mais de meio século da Revolução Francesa, para que se fizesse a primeira análise crítica prospectiva em profundidade. Num escrito de juventude³², Karl Marx enxergou-a como a instauração do regime do individualismo egoísta, em lugar do egoísmo corporativo do *Ancien Régime*. A separação entre "direitos do homem" e "direitos do cidadão", entre a sociedade civil e a sociedade política, demonstrava, segundo ele, que se realizara uma autêntica revolução copernicana em relação ao feudalismo. Neste, salientou Marx, a sociedade civil ostentava diretamente um caráter político, pois as instituições elementares da vida civil - como a posse, a família, ou o trabalho produtivo - eram estruturadas, respectivamente, sob as formas jurídicas da dominação feudal, do estamento e da corporação. A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e

32. Trata-se do manuscrito composto em Paris, em 1844. publicado postumamente sob o título *Zur Judenfrage*. Era a crítica da obra de Bruno Bauer, *Die Judenfrage* (Braunschweig, 1843), na qual o autor sustentou que os judeus deveriam abandonar sua reivindicação tradicional de um estatuto jurídico próprio e aceitar os princípios de liberdade e igualdade da Revolução Francesa.

forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituíra a tirania da tradição pela liberdade da razão. O regime da autonomia individual, próprio da civilização burguesa, tem seus limites fixados pela lei, assim como a divisa entre dois terrenos é fixada por cercas ou muros. Os "direitos do cidadão" passaram, então, a servir de meios de proteção aos "direitos do homem", e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária.

Já em 1819, aliás, Benjamin Constant, na famosa conferência pronunciada no *Ateneu Real* de Paris³³, mostrara como os gregos e romanos tinham da liberdade uma concepção diametralmente oposta à que inspirara a Revolução Francesa. Para eles, a verdadeira liberdade só existia na esfera política, pela participação do cidadão nas tarefas do governo, notadamente a legislação e a solução judicial de casos litigiosos. O ideal burguês, que ele denominou "liberdade moderna", é, ao contrário, o de uma liberdade inteiramente privada, com o repúdio a toda interferência estatal na vida de família ou na vida profissional. Como mostrou profeticamente Tocqueville alguns anos mais tarde³⁴, esse privatismo exacerbado podia dar ensejo não a um encolhimento do poder estatal, mas, bem ao contrário, à instauração de um novo autoritarismo político, combinado com o liberalismo privatista na sociedade civil. O século XX, de fato, conheceu inúmeros exemplos, sobretudo na América Latina e na Ásia, de Estados autoritários que adotaram o liberalismo econômico.

Sem dúvida, esses efeitos não foram minimamente previstos pelos próceres revolucionários. Mas não é menos verdade

33. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*.

34. *De la démocratie en Amérique*, t. 2º, quarta parte, capítulo VI ("Que espécie de despotismo deve ser temido pelas nações

democráticas").

que a civilização burguesa e o sistema econômico capitalista não teriam prosperado tão vivamente, a partir do século XIX, se o direito revolucionário não tivesse criado as instituições que lhe serviram de fundamento.

Fontes das declarações de direitos da Revolução Francesa

Grande foi a influência exercida, no espírito dos homens que puseram fim ao *Ancien Régime*, pelas declarações de direitos norte-americanas, notadamente a do Estado de Virgínia. A tradução, feita pelo duque de La Rochefoucauld d'Enville, das Constituições dos treze Estados americanos conhecera, aliás, várias edições antes da instalação da assembléia de Versalhes.

É de se lembrar que Thomas Jefferson, que exercia em 1789 as funções de embaixador dos Estados Unidos junto à Corte francesa, inspirou a redação do primeiro projeto de declaração de direitos, depositado por Lafayette junto à Mesa da Assembléia em 11 de julho. Antes disso, em 3 de junho, Jefferson oferecera a um deputado do *Tiers Etat*, o pastor protestante Rabaud de St. Etienne, o projeto de uma Carta de Direitos, que Luís XVI deveria assinar em sessão solene, juntamente com todos os deputados aos *Etats Généraux du Royaume*. Tratava-se propriamente de uma miniconstituição, que estabelecia, entre outras disposições, de um lado a transformação dos *Etats Généraux* em parlamento permanente, único legitimado a legislar e a criar tributos, e de outro lado a submissão ao princípio do devido processo legal de toda e qualquer restrição à liberdade individual.

No curso dos debates da Assembléia Nacional, aliás, vários deputados referiram-se aos "exemplos da América", como modelos a serem seguidos.

A segunda fonte imediata das declarações de direitos, que se sucederam a partir de 1789, foi o conjunto das queixas e súplicas da população francesa, recolhidas por escrito às *Vés-*

peras da instalação da assembléia de Versalhes. A antiga lei fundamental do reino dispunha que as reuniões dos representantes das três ordens fossem precedidas de uma consulta à população, sobre as medidas que deveriam ser tomadas pelo rei para fazer cessar os abusos e injustiças ressentidas pelos seus súditos. As opiniões da população, em resposta a essa consulta, eram registradas nos chamados *cahiers de doléances*, que deviam ser levados ao conhecimento do rei.

Ora, a última reunião dos *Etats Généraux du Royaume* havia ocorrido em 1614, numa época em que os camponeses, confinados nos domínios rurais, não ousavam manifestar-se livremente. Em 1789, porém, os 20 milhões de camponeses do reino, que formavam cerca de quatro quintos da população, já podiam expressar-se com mais liberdade. Além disso, a burguesia - pequena e grande - crescera significativamente nesse intervalo de um século e meio.

Numa das maiores consultas populares de todos os tempos, toda a população francesa foi assim convocada a reunir-se, em cada paróquia, para manifestar livremente as suas queixas (*doléances*), não a respeito de assuntos propostos pelo governo, mas no tocante ao funcionamento de todas as instituições do reino, sem reservas. Cerca de 40 mil registros de queixas e acusações foram então compilados, revelando no *Tiers Etat*

uma notável convergência de críticas sobre a injustiça dos privilégios feudais das duas primeiras ordens: o clero e a nobreza.

Se a essência de todo direito é a consciência do que a cada Um é devido (_suum _cuique _tribuere, dar a cada um o que é seu, segundo a fórmula cunhada pelos romanos), o processo de composição dos _cahiers _de _doléances despertou em todo o povo francês uma clara consciência de que os Poderes Públicos devem igualmente, a todos, o respeito pelos direitos inscritos no coração do homem, e que estão sempre acima das leis. Foi isto, aliás, o que os pensadores de expressão francesa do século XVIII ("_les _philosophes") não cessaram de discutir e procurar demonstrar, em seus livros, panfletos, discursos e, sobretudo, na obra concebida como a suma do pensamento da época sobre todos os assuntos: a _Enciclopédia³⁵.

Dentre as obras de todos os _philosophes do século, as de Montesquieu e Rousseau foram as que mais influíram sobre o espírito dos revolucionários de 1789: aquele, pela idéia da necessidade de uma limitação institucional de poderes dos governantes, e este, pelo princípio de que a vontade geral do povo é a única fonte de legitimidade dos governos.

Rousseau, em especial, é geralmente considerado o "pai espiritual" da Revolução Francesa. Desde o mês de outubro de 1790, o seu busto, juntamente com um exemplar do _Contrato _Social, foi colocado na sala da Assembléia Nacional. Em dezembro daquele mesmo ano e em agosto de 1791, a Assembléia decidiu que se deveria prestar uma homenagem pública ao pensador genebrino, cujas cinzas foram afinal transferidas para o Panteão Nacional em 1794. O pensamento de Rousseau inspirou fortemente o grupo dos jacobinos, Robespierre em particular, na redação da Constituição do Ano 1(1793).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do _Ancien _Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

35. A _Encyclopédie, cujo subtítulo era _Dicionário _Racionalizado ("_Raisonné") _das _Ciências, _Artes _e _Ofícios, foi publicada sob a direção de Diderot em 18 volumes, de 1751 a 1772.

A Declaração de 1789 foi, aliás, em si mesma o primeiro elemento constitucional do novo regime político. Pelo fato de ter sido publicada sem a sanção do rei, houve quem a interpretasse, de início, como simples declaração de princípios, sem força normativa. Mas em pouco tempo a assembléia aceitou as idéias expostas por Sieyès em sua obra famosa e reconheceu que a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação, como poder constituinte, e que o rei não passava de poder constituído, cuja subsistência como tal, de resto, dependia ainda de uma aprovação explícita da assembléia, no texto constitucional a ser votado.

Muito se discutiu 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, como ficou dito acima, não se dirigiam

apenas ao povo francês, mas a todos os povos, e concebiam portanto o documento em sua dupla dimensão, nacional e universal. As "disposições fundamentais" da Constituição de 1791, aliás, fazem a nítida distinção entre os "direitos do homem", independentemente de sua nacionalidade, e os "direitos do cidadão", próprios unicamente dos franceses.

Todavia, como bem assinalou Hannah Arendt³⁶, com a consolidação das nações-Estados, no curso do século XIX, os direitos do homem acabaram sendo absorvidos pelos direitos do cidadão. Com o advento do Estado totalitário, os homens e as mulheres privados de nacionalidade acabaram perdendo toda capacidade jurídica; ou seja, deixaram de ser pessoas. Seja como for, liberdades individuais alcançaram, nesse texto revolucionário francês, uma definitiva precisão de contornos. No campo penal, sobretudo, fixou-se claramente o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei (art. 8).

Duas preocupações máximas da burguesia foram rigorosamente atendidas: a garantia da propriedade privada contra

36. *The Origins of Totalitarianism*, nova edição, Harcourt Brace & Company, p. 290 e s.

expropriações abusivas (art. 17) e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos (arts. 13 e 14).

A declaração do caráter sagrado da propriedade, contida no art. 17, é um evidente anacronismo. Sagrada era a propriedade greco-romana, intimamente ligada à religião doméstica, à casa de família, sede do deus lar, e ao terreno adjacente onde ficavam as sepulturas dos membros da gens. A sacralidade desses bens, aliás, era bem marcada pela sua fixidez e imobilidade: longe do caráter desprezível das coisas mobiliárias (*res mobilis, res vilis*), a propriedade tradicional é sempre imóvel, à imagem das coisas divinas.

Ora, a revolução burguesa, como bem salientou Marx, desencadeou o mais rápido movimento de transformação social de todos os tempos. Tal como o dinheiro, bem central da economia capitalista, tudo pôs-se a circular e a ser trocado. O poder econômico - e com ele a dominação social e a soberania política - deslocou-se da propriedade fundiária para os bens móveis, e destes últimos para os títulos-valores e contas bancárias, dissolvendo-se em símbolos, escrituras e códigos eletrônicos. O caráter sagrado da propriedade, se se quiser insistir na qualificação, assumiu nos tempos modernos a abstração simbólica de um mito.

A declaração de direitos na Constituição de 1791

Além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, colocada como preâmbulo, a Constituição aprovada em 3 de setembro de 1791 contém também a sua própria declaração de direitos, com importantes acréscimos em relação àquela. Cuidou-se, sobretudo, de reforçar o caráter anti-aristocrático e antifeudal do novo regime político, bem como de nacionalizar os bens pertencentes a eclesiásticos ou a congregações religiosas, declarados doravante "bens nacionais". Após determinar que tais bens ficariam, permanentemente, à disposição da Nação, a constituição acrescentou, contraditoriamente, que seriam garantidas "as alienações já feitas ou que serão feitas, segundo as formas prescritas pela lei". E efetivamente, para financiar as operações de guerra nas quais se envolveu o governo revolucionário, os bens eclesiásticos e também os dos nobres que emigraram foram vendidos a comerciantes, capitalistas ou proprietários rurais plebeus, reforçando sobremaneira o

poder econômico e político destas classes na sociedade francesa.

Reconheceu-se, ademais, pela primeira vez na História, a existência de direitos humanos de caráter social. O antepenúltimo parágrafo do Título Primeiro previu a criação de um estabelecimento geral de Assistência Pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontrá-lo. No último parágrafo do mesmo Título, 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".

Importa também assinalar que, em notável precedência ao reconhecimento do controle judicial da constitucionalidade das leis - que não fora declarado na Constituição dos Estados Unidos, mas somente passou a existir a partir do caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Corte Suprema em 1803 -, a primeira Constituição francesa dispôs 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".

declaração de direitos na Constituição de 1793 (Ano 1)

A precipitação dos acontecimentos, que conduziram, menos de um ano após a promulgação da Constituição de 1791, à guerra externa e à queda da monarquia, provocou fatalmente a cessação de vigência daquela ordem constitucional. A Assembléia Legislativa, que havia sucedido à Constituinte de 1789, decidiu pois convocar nova Assembléia Constituinte, que tomou o nome de Convenção, por influência do exemplo norte-americano. Já nas eleições para a composição dessa assembléia ficou patente a predominância do espírito democrático: aboliu-se o sufrágio censitário³⁷ e a distinção entre cidadãos ativos e passivos.

No dia de instalação dos trabalhos da Convenção (21 de setembro de 1792), os deputados decidiram, por unanimidade, extinguir a monarquia e instituir o regime republicano. Na mesma sessão, proclamaram que "não pode existir Constituição que não seja aceita pelo povo".

A nova Constituição foi votada quando o conflito entre o grupo de deputados eleitos pelo departamento da Gironda (por isso denominados girondinos) e os deputados pertencentes ao clube dos jacobinos (porque se reuniam no antigo convento dos padres jacobinos, na Rua Saint-Jacques, em Paris) atingia o seu paroxismo. Para os girondinos, os direitos individuais deviam sobrepor-se aos direitos sociais. Por isso, não queriam alterar a declaração de 1789, a não ser em pontos secundários. Os jacobinos, ao contrário, pediam que fosse adotado o projeto de declaração de direitos redigido por Robespierre, seu líder em ascensão, projeto esse que continha um largo reconhecimento dos direitos sociais e, notadamente, declarava a propriedade privada um direito ordinário, portanto livremente modificável pela lei.

Chegou-se, finalmente, a uma solução de compromisso, mediante concessões mútuas. O texto final, porém, mais retórico do que os das declarações anteriores, não ficou isento de contradições e imprecisões de linguagem. Em particular, a distin-

37. A Constituição de 1791 exigia, para o exercício do direito de voto nas eleições destinadas à formação da Assembléia Legislativa, que o eleitor provasse haver pago, em qualquer localidade do reino, um tributo de valor equivalente, no mínimo, a três jornadas de trabalho.

ção entre os direitos do homem e os do cidadão perdeu a nitidez que tinha na declaração de 1789.

A declaração de direitos da Constituição de 1793, de modo geral, limitou-se a enfatizar o conteúdo das declarações anteriores. Contrariamente à opinião tradicionalmente estabelecida, ela não representou avanço algum em matéria de direitos sociais, em comparação com a Constituição de 1791. Dentre as poucas inovações do texto de 1793, salientam-se:

a) o reconhecimento de que a soberania política pertence ao povo (arts. 25 e 26), com a abolição das diferenças de voto entre os cidadãos (art. 29), muito embora o art. 23 volte a falar em "soberania nacional";

b) a proclamação de que "a lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam" (art. 9), sendo que todo aquele, contra o qual se pretender executar pela violência uma medida arbitrária, tem o direito de repeli-la pela força (art. 11);

c) a afirmação de que a insurreição do povo contra os governantes que violam os seus direitos é "o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres" (art. 35).

A declaração de direitos na Constituição de 1795 (Ano III)

A Constituição de 1793 não chegou a ser aplicada. Logo após a sua promulgação, a Convenção Nacional instituiu um governo provisório, dito "governo republicano", que deveria atuar enquanto durasse a guerra com as potências monárquicas. Dado que a Constituição criara um verdadeiro governo de assembléia, o Poder Executivo era atribuído a comissões de deputados. Dentre estas, duas logo se destacaram: a de "governo" e a de "salvação pública". Nesta última, pontificava Robespierre, Cujos poderes tendiam rapidamente à ditadura pura e simples, instaurando-se o período chamado do "terror".

O golpe de Estado de 9 de termidor do Ano 11 (27 de julho de 1794), com a prisão, julgamento sumário e imediata execução de Robespierre, mudou inteiramente a orientação Política da república. A nova maioria, composta de deputados da linha girondina, pensou, inicialmente, em neutralizar as declarações de direitos sociais da Constituição por meio de leis orgânicas, destinadas a interpretar e complementar as normas constitucionais. As coisas estavam nesse pé, quando irrompe, em 21 de março de 1795 (12 de germinal do Ano III), a insurreição popular de Paris, protagonizada pelos que eram chamados depreciativamente *sans-culottes*, porque não usavam calças até os joelhos, como as pessoas dos estratos mais ricos da população. Tornou-se então bastante claro à burguesia que, para a consolidação da posição já conquistada de classe dominante e detentora de fato da soberania política, era preciso votar uma outra Constituição, que afastasse o povo do poder.

A nova Carta política, promulgada em 22 de agosto de 1795, já não fala em soberania popular, preferindo uma fórmula neutra: a "universalidade dos cidadãos". Ao mesmo tempo, são reforçados os mecanismos de separação e controle dos Poderes estatais. Ou seja, o novo modelo teórico é dado por Monte squieu e não mais por Rousseart.

É nesse espírito que é vazada a declaração de direitos, agora completada por uma declaração de deveres dos cidadãos. A organização das matérias é mais sistemática e a redação mais concisa e precisa do que na declaração de 1793, mas muitos artigos expressam definições doutrinárias e não normas jurídicas.

Entre os direitos fundamentais já não se incluem nem o de "resistência à opressão", nem as liberdades de opinião, de expressão e

de culto, nem tampouco os direitos sociais consagrados nas declarações anteriores: o direito ao trabalho, à assistência pública e à instrução. Considera-se inexistente a "garantia social", "se a divisão dos poderes não é estabelecida, se seus limites não são fixados e se a responsabilidade dos funcionários públicos não é assegurada". Na mesma linha da limitação de poderes, considera-se crime que o cumprimento de uma pena redunde em sua agravação (art. 13).

A idéia de uma declaração de deveres, inaugurada pela Constituição francesa de 1795, é conceitualmente criticável. Em primeiro lugar, quem diz direitos reconhece, por via de lógica consequência, a existência de deveres correlatos. No caso dos direitos humanos, os deveres correspondentes são do Estado e também dos particulares. Por outro lado, como os direitos humanos são sempre pretensões dirigidas contra quem detém uma posição de força ou poder, não faz sentido falar em direitos humanos do Estado (ou da pátria) contra os indivíduos, como se depreende, por inferência, dos arts. 3 e 9 da declaração de deveres da Constituição de 1795.

Cumpra ademais ressaltar que, nessa declaração de deveres, as virtudes privadas são consideradas indissociáveis das virtudes cívicas (art. 4), e a garantia da propriedade privada é apresentada como o fundamento da cultura agrícola, de "todas as produções, todos os meios de trabalho e de toda ordem social" (art. 8). É a consagração constitucional explícita da ordem privatista burguesa e do sistema capitalista de produção.

Os Textos38

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, Considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da Corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, Possa lembrar-lhes sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de

38. Tradução do autor.

que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição Política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos, - Em consequência, a Assembléia nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão.

Artigo Primeiro. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

Art. 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3. O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais

de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.

Art. 5. A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

Art. 6. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos.

Art. 7. Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinenti: ele se torna culpado em caso de resistência.

Art. 8. A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada.

Art. 9. Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10. Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

Art. 12. A garantia dos direitos do homem e do cidadão carece de uma força pública; esta força é portanto instituída em proveito de todos, e não para a utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração, é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, na medida de seus recursos.

Art. 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, pessoalmente ou por meio de representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego e de determinar-lhe a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e a duração.

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir, a todo agente público, que preste contas de sua administração.

Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.

Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

A Assembléa nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que feriam a liberdade e a igualdade dos direitos. - Não há mais nobreza, nem pariato, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem títulos, denominações e prerrogativas que daí derivavam, nem ordem alguma de cavalaria, nem corporações ou condecorações de qualquer espécie, para ingresso nas quais exigiam-se provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascimento, nem qualquer outra superioridade a não ser a dos funcionários públicos no exercício de suas funções. - Não há mais nem venalidade nem hereditariedade de cargos públicos. - Não há mais, para parcela alguma da Nação e para individuo algum, privilégio de qualquer espécie nem exceção ao direito comum de todos os franceses. - Não há mais jurandas³⁹ nem corporações de profissões, artes e ofícios. - A lei não mais reconhece votos religiosos, ou compromissos contrários aos direitos naturais ou à Constituição.

TITULO PRIMEIRO

Disposições fundamentais garantidas pela Constituição

A Constituição garante, como direitos naturais e civis: 1º Que todos os cidadãos sejam admissíveis aos cargos e empregos, sem qualquer outra distinção, a não ser a de suas virtudes e talentos; 2º Que todos os tributos sejam repartidos entre todos os cidadãos de modo igual, na proporção de seus recursos; 3º Que os mesmos crimes sejam punidos com as mesmas penas, sem distinção alguma de pessoas.

A Constituição garante, da mesma forma, como direitos naturais e civis: - A liberdade a todo homem de ir e vir, sem que haja detenção ou prisão, senão de acordo com as formas prescritas pela Constituição; - A liberdade a todo homem de falar, escrever, imprimir e publicar seus pensamentos, sem que os escritos possam ser submetidos a censura ou inspeção antes de sua publicação, bem como a liberdade de exercer o culto religioso ao qual esteja ligado; - A liberdade aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, no respeito às leis de polícia; - A liberdade de dirigir, às autoridades constituídas, petições subscritas individualmente.

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; mas como a liberdade nada mais é do que o poder de fazer tudo o que não prejudica os direitos alheios ou a segurança pública, a lei pode estabelecer penas contra os atos que, ao atacarem a segurança pública e os direitos alheios, sejam nocivos à sociedade.

A Constituição garante a inviolabilidade das propriedades, ou ajusta e prévia indenização daquelas cujo sacrifício seja exigido pela necessidade pública, legalmente verificada. - Os bens destinados às despesas do culto e a todos os serviços de utilidade pública pertencem à Nação e ficam, permanentemente, à sua disposição.

A Constituição garante as alienações que foram feitas, ou serão efetuadas, segundo as formas prescritas em lei.

Os cidadãos têm o direito de eleger ou escolher os ministros de seus cultos.

39. Chamava-se juranda o corpo de jurados ou síndicos das corporações francesas.

será criado e organizado um estabelecimento geral de Assistência pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontrá-lo.

Será criada e organizada uma Instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens; seus estabelecimentos serão distribuídos gradualmente, numa proporção adequada à divisão do reino. [...]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793

O povo francês, convencido de que o descuido e o desprezo dos direitos naturais do homem são as únicas causas das desgraças do mundo, decidiu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre diante dos olhos as bases de sua liberdade e de sua felicidade; o magistrado, a regra de seus deveres; o legislador, o objeto de sua missão. - Em conseqüência, proclama, em presença do Ser Supremo, a declaração seguinte dos direitos do homem e do cidadão.

Artigo Primeiro. A finalidade da sociedade é a felicidade comum. - O governo é instituído para garantir ao homem a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis.

Art. 2. Esses direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade.

Art. 3. Todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei.

Art. 4. A lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer puna; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é nocivo.

Art. 5. Todos os cidadãos são igualmente admissíveis aos empregos públicos. Os povos livres não conhecem outros motivos de preferência, Salvo aqueles ligados às virtudes e aos talentos.

Art. 6. A liberdade é o poder pertencente ao homem de fazer tudo o que não prejudica os direitos alheios: ela tem por princípio a natureza; por regra, a justiça; por salvaguarda, a lei; seu limite moral é expresso na seguinte máxima: Não faças a outrem o que não queres que te seja feito.

Art. 7. O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela Imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e O livre exercício dos cultos não podem ser proibidos. - A necessidade de enunciar tais direitos pressupõe a presença ou a lembrança recente do despotismo.

Art. 8. A segurança consiste na proteção, concedida pela sociedade a cada um de seus membros, para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.

Art. 9. A lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam.

Art. 10. Ninguém deve ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. - Todo cidadão, convocado ou detido pela autoridade da lei, deve obedecer incontinenti; ele se torna culpado em caso de resistência.

Art. 11. Todo ato exercido contra um homem, fora dos casos e sem as formas que a lei determina, é arbitrário e tirânico; aquele contra o qual se quiser executá-lo pela violência tem o direito de repeli-lo pela força.

Art. 12. Os que solicitarem, expedirem, assinarem, executarem ou fizerem executar atos arbitrários são culpados e devem ser punidos.

Art. 13. Como todo homem presume-se inocente até que seja declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para a detenção deve ser severamente reprimido pela lei.

Art. 14. Ninguém deve ser julgado e punido, senão após ter sido ouvido e legalmente citado, e somente em razão de uma lei promulgada anteriormente ao delito. A lei que pune os delitos cometidos antes de sua promulgação é uma tirania; o efeito retroativo, atribuído à lei, é um crime.

Art. 15. A lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias: as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade.

Art. 16. O direito de propriedade é o que pertence a todo cidadão, para a fruição e disposição, como ele bem entender, de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria.

Art. 17. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser proibido à indústria dos cidadãos.

Art. 18. Todo homem pode empenhar seus serviços e tempo; mas não pode vender a si próprio nem ser vendido; sua pessoa não é uma propriedade alienável. A lei não reconhece a domesticidade⁴⁰ somente pode existir uma obrigação de cuidados e de reconhecimento, entre o homem que trabalha e o que o emprega.

Art. 19. Ninguém pode ser privado da mínima porção de sua propriedade sem o seu consentimento, a não ser quando a necessidade pública,

40. Isto é, a situação do trabalhador doméstico não assalariado e que mantém para com seu patrão uma relação semelhante à do servo feudal para com o senhor.

legalmente verificada, o exige, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

Art. 20. Nenhum tributo pode ser estabelecido, a não ser por razões de utilidade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer ao estabelecimento de tributos, de fiscalizar o seu emprego e de exigir uma prestação de contas.

Art. 21. A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustentar os cidadãos infelizes, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência aos que não estejam em condições de trabalhar.

Art. 22. A instrução é uma necessidade de todos. A sociedade deve favorecer, com todos os seus poderes, os progressos da instrução pública, bem como pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos.

Art. 23. A garantia social consiste na ação de todos, para assegurar a cada qual a fruição e a conservação de seus direitos; essa garantia repousa na soberania nacional.

Art. 24. Ela não pode existir, se os limites das funções públicas não são claramente determinados pela lei e se a responsabilidade de todos os funcionários não é assegurada.

Art. 25. A soberania reside no povo; ela é una, indivisível, imprescritível e inalienável.

Art. 26. Nenhuma parcela do povo pode exercer o poder do povo inteiro: mas cada segmento do soberano, reunido em assembléia, deve gozar do direito de exprimir sua vontade com inteira liberdade.

Art. 27. Que todo indivíduo que usurpe a soberania seja incontinenti levado à morte pelos homens livres.

Art. 28. Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as

gerações futuras.

Art 29. Todos os cidadãos têm igual direito de concorrer à formação da lei e à nomeação de seus mandatários ou agentes.

Art 30. As funções públicas são essencialmente temporárias: elas não podem ser consideradas como distinções nem como recompensas, mas como deveres.

Art. 31. Os delitos dos mandatários do povo e de seus agentes não devem jamais ficar impunes. Ninguém tem o direito de se considerar mais inviolável que os outros cidadãos.

Art. 32. O direito de apresentar petições aos depositários da autoridade pública não pode, em caso algum, ser proibido, suspenso ou limitado.

Art. 33. A resistência à opressão é a consequência dos demais Direitos do homem.

Art. 34. Há opressão contra o corpo social, quando um só de seus membros é oprimido. Há opressão contra cada membro, quando o corpo social é oprimido.

Art. 35. Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é, para o povo inteiro e cada uma de suas parcelas, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres.

A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição de 1795

O povo francês proclama, em presença do Ser Supremo, a seguinte Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão.

Direitos

Artigo Primeiro. Os direitos do homem em sociedade são a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade.

Art. 2. A liberdade consiste em poder fazer o que não prejudica os direitos alheios.

Art. 3. A igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja, quer puna. - A igualdade não admite distinções de nascimento nem hereditariedade de poderes.

Art. 4. A segurança resulta do concurso de todos, para assegurar os direitos de cada qual.

Art. 5. A propriedade é o direito de gozar e dispor de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua indústria.

Art. 6. A lei é a vontade geral, expressa pela maioria, quer dos cidadãos, quer de seus representantes.

Art. 7. O que não é defeso em lei não pode ser impedido. - Ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

Art. 8. Ninguém pode ser citado em júízo, acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados em lei e de acordo com as formas por ela prescritas.

Art. 9. Os que solicitam, expedem, assinam, executam ou fazem executar atos arbitrários são culpados e devem ser punidos.

Art. 10. Todo rigor desnecessário para a detenção da pessoa de um acusado deve ser severamente reprimido pela lei.

Art. 11. Ninguém pode ser julgado, senão após ser ouvido ou legalmente citado.

Art. 12. A lei deve atribuir, tão-só, penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.

Art. 13. Todo tratamento que agrave a pena determinada pela lei é um crime.

Art. 14. Lei alguma, criminal ou civil, pode ter efeito

retroativo.

Art. 15. Todo homem pode empenhar seu tempo e seus serviços; mas não pode vender a si próprio nem ser vendido; sua pessoa não é uma propriedade alienável.

Art. 16. Todo tributo é estabelecido em razão da utilidade geral; ele deve ser repartido entre os contribuintes, em função de seus recursos.

Art. 17. A soberania reside essencialmente na universalidade dos cidadãos.

Art. 18. Nenhum indivíduo, nenhuma reunião parcial de cidadãos pode atribuir-se a soberania.

Art. 19. Ninguém pode, sem uma delegação da lei, exercer autoridade alguma nem cumprir nenhuma função pública.

Art. 20. Cada cidadão tem igual direito de concorrer, imediata ou mediatamente, à formação da lei, à nomeação dos representantes do povo e dos funcionários públicos.

Art. 21. As funções públicas não podem ser propriedade dos que as exercem.

Art. 22. A garantia social não pode existir se a divisão dos poderes não é estabelecida, se os seus limites não são fixados e se a responsabilidade dos funcionários públicos não é assegurada.

Deveres

Artigo Primeiro. A Declaração dos direitos contém as obrigações dos legisladores: a manutenção da sociedade exige que os seus componentes conheçam e cumpram, por igual, os seus deveres.

Art. 2. Todos os deveres do homem e do cidadão derivam dos dois princípios seguintes, gravados pela natureza em seus corações: - Não façais a outrem o que não quiserdes que se faça a vós. - Fazei constantemente aos outros o bem que desejais receber.

Art. 3. As obrigações de cada qual perante a sociedade consistem em defendê-la, servi-la, viver em submissão às leis e respeitar os seus órgãos.

Art. 4. Ninguém é bom cidadão, se não é bom filho, bom pai, bom irmão, bom amigo, bom esposo.

Art. 5. Ninguém é homem de bem, se não observa sincera e religiosamente as leis.

Art. 6. Aquele que viola abertamente as leis declara-se em estado de guerra contra a sociedade.

Art. 7. Aquele que, sem infringir abertamente as leis, as elude com astúcia ou destreza, fere os interesses de todos: ele se torna indigno da benevolência e da estima geral.

Art. 8. E sobre a manutenção das propriedades que repousam a cultura das terras agrícolas, todas as produções, todos os meios de trabalho e toda a ordem social.

Art. 9. Todo cidadão deve seus serviços à pátria e à manutenção da liberdade, da igualdade e da propriedade, sempre que a lei o convocar para defendê-las.

CAPÍTULO 6º

A CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1848

No início de 1848 - o ano do _Manifesto _Comunista - um furioso vendaval político varreu a Europa Ocidental, ameaçando deitar por terra, em pouco tempo, o edifício conservador e imperial, que o Congresso de Viena erigira em 1815. As palavras de ordem eram: nacionalismo, trabalho

e liberdade. Iniciando-se com a revolução popular de Paris de 24 de fevereiro, em questão de poucas semanas o movimento estendeu-se, como um rastilho de pólvora, ao sudoeste da Alemanha, Baviera, Prússia, Austria, Hungria, Lombardia, os Estados Pontifícios e a Itália meridional. Segundo a expressão que fez fortuna, foi "a primavera dos povos". Ela retrocedeu, porém, em pouco tempo, a um rigoroso inverno político. Com a mesma velocidade do seu desencadear, o movimento insurrecional foi sufocado e seus líderes mortos, presos ou deportados.

Na França, o descontentamento do operariado urbano com os excessos dos realistas do reinado de Luis Felipe de Orléans, instalado no trono desde 1830, foi singularmente reforçado pelo agravamento da fome no campo, em consequência da desastrosa colheita de 1846-47.

A revolta popular de Paris, irrompida em 23 de fevereiro de 1848, visou claramente não só à derrubada do rei, mas também à reinstauração da república, nos moldes do espírito revolucionário de 1792-93. Instalado um governo provisório, do qual participava o operário Albert - fato altamente simbólico, que não se viu em nenhum momento da grande revolução do final

do século XVIII -, decidiu-se convocar de imediato uma assembleia constituinte.

As eleições foram fixadas para dois meses após, ou seja, 23 de abril, sem que os líderes revolucionários tivessem tempo suficiente para desenvolver uma campanha de esclarecimento do eleitorado. O comparecimento às urnas foi considerável - 7.800.000 votantes, num total de 9.400.000 eleitores -, o que significou uma votação maciça de camponeses, ativamente inclinados à ordem e à segurança. Na composição da assembleia, a maioria absoluta era formada pelos deputados do centro, chamados "republicanos moderados": 500, num total de 880. A esquerda não conseguiu preencher mais do que uma centena de cadeiras, sendo as demais repartidas entre os monarquistas.

A correlação parlamentar de forças foi, desse modo, muito desfavorável àqueles que haviam liderado o movimento revolucionário. Acresce notar que a grande iniciativa tomada pelo governo provisório para solucionar o problema do desemprego urbano - a criação em Paris de "fábricas nacionais", onde passaram a trabalhar 100.000 operários - foi abruptamente interrompida logo no mês de junho, suscitando uma revolta popular que o exército reprimiu ferozmente: 3.000 mortos, 5.000 feridos e 12.000 deportados para a Argélia.

Atuando sob a impressão profunda desses sucessos trágicos, a assembleia manifestou grande resistência à reintrodução, no texto constitucional em elaboração, dos direitos sociais declarados em 1791 e 1793, tal como proposto pelos deputados da esquerda.

As discussões mais acaloradas giraram em torno do reconhecimento de um direito ao trabalho. Adolfo Thiers (que iria chefiar o governo que negociou a paz com a Prússia vencedora, e esmagou no sangue a Comuna de Paris, em 1871) qualificou esse direito como uma "heresia, uma teoria falsa, já condenada pela experiência". O pretense direito ao trabalho, acrescentou, acabaria por "destruir o espírito de economia", pois os

operários, vendo seu futuro assegurado, deixariam de depositar suas economias nas contas populares de poupança. Quanto a Tocqueville, respondendo ao deputado Mathieu, para quem o direito ao trabalho era o "direito da fome", advertiu que essa proposta implicava transformar o Estado em proprietário de todos os bens, ou seja, "o comunismo, uma nova forma de servidão". Para o celebrado autor da *Democracia na América*, a Assembleia deveria seguir o exemplo dos Estados Unidos, onde de fato se aplicava a "verdadeira democracia".

A Constituição de 1848, por tudo isso, foi composta como uma

obra de Compromisso. De um lado, entre o liberalismo - claramente afirmado com a declaração preambular de redução gradual das despesas públicas e dos impostos - e o socialismo democrático. Compromisso, de outro lado, entre os valores conservadores - a Família, a Propriedade e a Ordem Pública, invocados com letra maiúscula no inciso IV do preâmbulo - e o progresso e a civilização (preâmbulo, inciso 1). É interessante observar, a este respeito, que, enquanto as anteriores declarações de direitos da Revolução Francesa não fizeram referência alguma à família, o preâmbulo da Constituição de 1848 menciona-a nada menos do que quatro vezes. Por outro lado, a orientação do ensino público, como dispõe o art. 13, não é para a formação do cidadão, mas sim para o mercado de trabalho.

Tudo isto justifica a crítica acerba que Marx fez dessa Constituição, no *18 Brumário de Luís Bonaparte*, como sendo a versão republicana, vale dizer burguesa, da Carta orleanista de 1830. Assim é que a declaração das liberdades individuais aparece sempre limitada pela cláusula do respeito aos direitos iguais dos demais sujeitos e à manutenção da segurança pública. Ade o conteúdo concreto dessas liberdades passou a depender das determinações editadas pelas leis orgânicas, as quais "foram concebidas pelos amigos da ordem, de tal sorte que todas

1. *Karl Marx, Friedrich Engels Werke, Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Berlim Dietz Verlag, 1960, v. 8, p. 124 e s.*

essas liberdades foram regulamentadas para que a burguesia pudesse servir-se delas, sem ser limitada pelos direitos iguais das outras classes da sociedade". Criou-se, com isto, uma estrutura jurídica essencialmente ambígua, senão contraditória, em que a liberdade era respeitada em sua formulação constitucional, mas a sua realização abolida na prática.

Seja como for, malgrado toda essa anfibia, não se pode deixar de assinalar que a instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no art. 13, aponta para a criação do que viria a ser o Estado do Bem-Estar Social, no século XX.

Além disso, duas disposições sobre direitos fundamentais merecem ser ressaltadas. Pela primeira vez, na história Constitucional, a pena de morte é abolida em matéria política (art. 5). Por outro lado, repristinando o Decreto da Convenção de 1793, revogado pelo consulado em 1802, proibiu-se a escravidão em "todas as terras francesas" (art. 6).

A par desses inegáveis avanços no campo dos direitos humanos, a Constituição de 1848 foi, no entanto, responsável por um dos piores abusos cometidos pela França no campo das relações exteriores, ao declarar que "o território da Argélia e das colônias é território francês" (art. 109), uma disposição claramente contraditória com o princípio afirmado no preâmbulo, segundo o qual a República Francesa "não dirige nunca suas forças contra a liberdade de povo algum".

O Texto

(Excertos)2

PREÂMBULO

Em presença de Deus e em nome do povo francês, a Assembléia

nacional proclama:

2. Tradução do autor.

I - A França constitui-se em República. Ao adotar esta forma definitiva de governo, ela tem por objetivo caminhar mais livremente na via do progresso e da civilização, assegurar uma repartição sempre mais eqüitativa dos encargos individuais e das vantagens da sociedade, aumentar as facilidades de vida de todos pela redução gradual das despesas públicas e dos impostos, bem como fazer com que todos os cidadãos, sem nova comoção, pela ação sucessiva e constante das instituições e das leis, acedam a grau sempre mais elevado de moralidade, de luzes (lumières)³ e de bem-estar.

II - A República francesa é democrática, una e indivisível.

III - Ela reconhece direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas.

IV - Ela tem por princípio a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade. Tem por base a Família, o Trabalho, a Propriedade, a Ordem Pública.

V - Ela respeita as nacionalidades estrangeiras, assim como entende fazer respeitar a sua; não empreende nenhuma guerra com intuito de conquista e não emprega jamais suas forças contra a liberdade de povo algum.

VI - Deveres recíprocos obrigam os cidadãos para com a República e a República para com os cidadãos.

VII - Os cidadãos devem amar a Pátria, servir a República, defendê-la com suas próprias vidas, participar dos encargos do Estado na proporção de sua fortuna; devem assegurar, pelo trabalho, os meios de vida, bem como, pela previdência, os recursos para o futuro; devem concorrer para o bem-estar comum, ajudando-se fraternalmente uns aos outros, assim como para a ordem geral, observando as leis morais e as leis escritas que regem a sociedade, a família e o indivíduo.

VIII - A República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade, seu trabalho, bem com pôr ao alcance de qualquer um a instrução indispensável a todos os homens; deve, por meio de uma assistência fraterna, assegurar os meios de subsistência aos cidadãos necessitados, quer proporcionando-lhes trabalho nos limites dos seus recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que não estejam em condições de trabalhar.

[...]

Art. 5. A pena de morte é abolida em matéria política.

Art. 6. A escravidão não pode existir em nenhuma terra francesa.

[...]

3. O termo é sinônimo da *Aufklärung* alemã; ou seja, uma iluminação da realidade pela razão.

Art. 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito, a educação profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não podem ser socorridos por suas

famílias.

CAPÍTULO 7º

A CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1864

Ela inaugura o que se convencionou chamar *direito humanitário*, em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz, cuja sistematização foi feita originalmente por Hugo Grócio em sua obra seminal do início do século XVII (*Ius Belli ac Pacis*), passou, desde então, a partir-se em direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e direito da situação ou estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes.

A evolução posterior, no entanto, levou ao reconhecimento da injuricidade objetiva da guerra como solução de conflitos internacionais, quaisquer que sejam as razões de seu desencadear. O direito contemporâneo, a partir da Carta de São Francisco, instituidora das Nações Unidas, restringiu sobremaneira o conceito de guerra justa, elaborado pelos doutores da Igreja na Idade Média.

Com base nisto, tem-se insistido ultimamente na tese de que o direito do estado de guerra (*ius in bello*) já não poderia existir, por ser uma contradição nos termos: se a guerra constitui em si mesma um ilícito e, mais do que isso, um crime internacional, não faz sentido regular juridicamente as operações bélicas, o Direito não pode organizar a prática de um crime.

Tal argumento, impressionante à primeira vista pelo seu aparente rigor lógico, não é contudo aceitável. Se a guerra, no estado presente do direito internacional, constitui em si mesma um crime, nada impede que se reconheça a prática, por qualquer das partes beligerantes, de outros ilícitos durante o desenrolar do conflito. A violação dos princípios e normas do direito humanitário, durante uma conflagração armada, pode por conseguinte representar, ela também, um crime de guerra. No julgamento de 27 de junho de 1986 do caso *Nicarágua v. Estados Unidos*, de resto, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a plena vigência dos "princípios gerais de base do direito humanitário".

A Convenção assinada em Genebra em 22 de agosto de 1864, unicamente por potências europeias, e destinada a "melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha", originou-se dos esforços de uma comissão reunida em torno do suíço Henry Dunant. Em livro publicado em 1862 e que teve ampla repercussão (*Un Souvenir de Solférino*), ele relatou como organizara, durante a batalha de Solferino de junho de 1859 entre os exércitos austríacos e franco-piemonteses, os serviços de pronto-socorro para os soldados feridos de ambos os lados.

A comissão genebrina, que esteve na origem da Convenção de 1864, transformou-se em 1880 na Comissão Internacional da Cruz Vermelha, mundialmente reconhecida.

Na primeira metade do século XX, a Convenção de Genebra de 1864 foi revista, a fim de se estenderem seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia de 1907) e aos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra de 1929)¹. Em 1925, outra Convenção, igualmente assinada em Genebra, proibiu a utilização, durante a guerra, de gases asfixiantes ou tóxicos, bem como de armas bacteriológicas. As convenções

sobre soldados feridos e prisioneiros de guerra foram revistas e consolidadas em três convenções celebradas em Genebra em 1949, sob os auspícios da Comissão Internacional da Cruz Vermelha².

1. Cf. capítulo 11º.

2. Cf. capítulo 15º.

Na mesma ocasião, foi celebrada uma quarta convenção, tendo por objeto a proteção da população civil em caso de guerra.

O Texto³

Sua Majestade o Rei dos Belgas, Sua Alteza Real o Grão-Duque de Baden, Sua Majestade o Rei da Dinamarca, Sua Majestade a Rainha da Espanha, Sua Majestade o Imperador dos Franceses, Sua Alteza Real o Grão-Duque de Hesse, Sua Majestade o Rei da Itália, Sua Majestade o Rei dos Países Baixos, Sua Majestade o Rei de Portugal e Algarve, Sua Majestade o Rei da Prússia, a Confederação Suíça, Sua Majestade o Rei de Württemberg:

Animados, por igual, do desejo de suavizar, tanto quanto deles dependa, os males irreparáveis da guerra, de suprimir os rigores inúteis e melhorar a sorte dos militares feridos nos campos de batalha, resolveram concluir uma Convenção com esse objetivo e nomearam seus Plenipotenciários, a saber:

[...]

Os quais, após terem apresentado seus poderes, encontrados em boa e devida forma, convencionaram os artigos seguintes:

Artigo 1. As ambulâncias e os hospitais militares serão reconhecidos como neutros e como tal protegidos e respeitados pelos beligerantes, durante todo tempo em que neles houver doentes e feridos.

A neutralidade cessará, se essas ambulâncias ou hospitais forem guardados por uma força militar.

Art. 2. O pessoal dos hospitais e das ambulâncias, nele incluídos a intendência, os serviços de saúde, de administração, de transporte de feridos, assim como os capelães, participarão do benefício da neutralidade, enquanto estiverem em atividade e subsistirem feridos a recolher ou a Socorrer.

Art. 3. As pessoas designadas no artigo precedente poderão, mesmo após a ocupação pelo inimigo, continuar a exercer suas funções no hospital ou ambulância em que serviam, ou retirar-se para retomar seus POStos na corporação a que pertencem.

Nessas circunstâncias, quando tais pessoas cessarem suas funções, elas Serão entregues aos postos avançados do inimigo, sob a responsabilidade do exército de ocupação.

3. Tradução do autor. com base no texto original francês.

Art. 4. Tendo em vista que o material dos hospitais militares permanece submetido às leis da guerra, as pessoas em serviço nesses hospitais não poderão, ao se retirarem, levar consigo os objetos que constituem propriedade particular dos hospitais.

Nas mesmas circunstâncias, ao revés, a ambulância conservará seu material.

Art. 5. Os habitantes do país, que socorrerem os feridos, serão respeitados e permanecerão livres.

Os generais das Potências beligerantes terão por missão prevenir os habitantes do apelo assim feito ao seu sentimento de humanidade e da neutralidade que lhe é conseqüente. Todo ferido, recolhido e tratado numa casa particular, conferirá salvaguarda a esta última. O habitante

que recolher feridos em sua casa será dispensado de alojar as tropas, assim como de pagar uma parte dos tributos de guerra que lhe seriam impostos.

Art. 6. Os militares feridos ou doentes serão recolhidos e tratados, qualquer que seja a nação à qual pertençam.

Os comandantes em chefe terão a faculdade de entregar imediatamente, aos postos avançados do inimigo, os militares feridos em combate, quando as circunstâncias o permitirem e desde que haja consentimento de ambas as partes.

Serão repatriados em seus países aqueles que, uma vez curados, forem reconhecidos como incapazes de servir.

Os outros poderão igualmente ser repatriados, sob a condição de não retomarem armas durante toda a guerra.

As forças de retirada, como o pessoal que as dirige, ficarão protegidos por uma neutralidade absoluta.

Art. 7. Uma bandeira distintiva e uniforme será adotada pelos hospitais e ambulâncias, bem como durante as retiradas. Ela deverá ser, em qualquer circunstância, acompanhada da bandeira nacional.

Uma braçadeira será igualmente admitida para o pessoal neutro; mas a sua distribuição ficará a cargo da autoridade militar.

A bandeira e a braçadeira terão uma cruz vermelha sobre fundo branco.

[...]

CAPÍTULO 8º

A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917

Origem

A fonte ideológica da "Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos", promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a doutrina anarcossindicalista, difundida no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália. O pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo _Regeneración, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. A transformação desse ideário em normas constitucionais, no entanto, produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado. Pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que os que o texto constitucional norte-americano atribui ao presidente da república. O ideal anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais.

Importância histórica

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 52 e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o "longo século XIX"; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria.

Entre a Constituição mexicana e a *Weimarer _Verfassung*, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade no século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou em 4 (17) de janeiro de 1918, portanto antes do término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas últimas conseqüências, agora com apoio na doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político.

No Capítulo II, afirma essa Declaração de Direitos:

1º - A fim de se realizar a socialização da terra, é abolida a propriedade privada da terra; todas as terras passam a ser propriedade nacional e são entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de indenização, na base de uma repartição igualitária em usufruto.

As florestas, o subsolo e as águas que tenham importância nacional, todo o gado e todas as alfaias, assim como todos os domínios e todas as empresas agrícolas-modelos passam a ser propriedade nacional.

2º - Como primeiro passo para a transferência completa das fábricas, das usinas, das minas, das ferrovias e de outros meios de produção e de transporte para a propriedade da República operária e camponesa dos Sovietes, o Congresso ratifica a lei soviética sobre a administração operária e sobre o Conselho Superior da Economia Nacional, com o objetivo de assegurar o poder dos trabalhadores sobre os exploradores.

3º - O Congresso ratifica a transferência de todos os bancos para o Estado operário e camponês como uma das condições de libertação das massas laboriosas do jugo do capital.

4º - Tendo em vista suprimir os elementos parasitas da sociedade e organizar a economia, é estabelecido o serviço do trabalho obrigatório para todos.

5º - A fim de assegurar a plenitude do poder das massas laboriosas e de afastar qualquer possibilidade de restauração do poder dos exploradores, o Congresso decreta o armamento dos trabalhadores, a formação de um Exército vermelho socialista dos operários e camponeses e o desarmamento total das classes possuidoras".

Mas aí, como se vê, já se está fora do quadro dos direitos humanos, fundados no princípio da igualdade essencial entre todos, de qualquer grupo ou classe social. Desde o seu ensaio juvenil *Sobre a Questão Judaica*, publicado em 1843, Marx criticou a concepção francesa de direitos do homem, separados dos direitos do cidadão, como consagradora da grande separação burguesa entre a sociedade política e a sociedade civil, dicotomia essa fundada na propriedade privada. Os

direitos do homem não passariam de barreiras ou marcos divisórios entre os indivíduos, em tudo e por tudo semelhantes aos limites da propriedade territorial. E os direitos do cidadão, sobretudo numa época de sufrágio censitário, nada mais seriam do que autênticos privilégios dos burgueses, com exclusão da classe operária. Na sociedade comunista, cujas linhas-mestras foram esboçadas no *Manifesto do Partido Comunista*, cinco anos mais tarde, só os trabalhadores têm direitos e só eles constituem o povo, titular da soberania política.

Sem dúvida, na Constituição mexicana de 1917 não se fazem as exclusões sociais próprias do marxismo: o povo mexicano não é reduzido unicamente à classe trabalhadora. Mas não se pode deixar de reconhecer que nem todos os direitos trabalhistas, lá declarados, podem ser considerados, objetivamente, como direitos humanos. A doutrina jurídica alemã contemporânea distingue, nitidamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais¹. Estes últimos são os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana. Daí por que os direitos humanos autênticos existem, independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica estatal, e mesmo contra ela, ao pas-

1. Cf., para ilustração, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Munique. C. H. Beck. 1988, p. 35 e s.

so que alguns direitos, qualificados como fundamentais na Constituição de um país, podem não ter a vigência universal, própria dos direitos humanos.

Da mesma forma, é secundário o fato de que, numa sociedade largamente agrícola, como a mexicana do início do século XIX, os direitos trabalhistas interessavam a uma parcela ínfima da população, sem falar na sua inaplicabilidade para as pequenas e médias empresas urbanas.

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

O mesmo avanço no sentido da proteção da pessoa humana ocorreu com o estatuto da propriedade privada (art. 27). No tocante às "terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional", a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto² e "sagrado" da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem

2. O Código Civil francês, de 1808, declarou que "a propriedade é o direito de dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça delas um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos" (art.

544). O caráter "inviolável e sagrado" da propriedade privada já havia sido proclamado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (cf. capítulo 5º, *supra*).

público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova Constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sociopolítica provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano.

O Texto3
(Excertos)

TÍTULO PRIMEIRO

Capítulo 1

Das Garantias Individuais

Art.5º[...]

O contrato de trabalho só obrigará a prestar o serviço convencionado pelo tempo que a lei fixar, sem poder exceder de um ano em prejuízo do trabalhador, e não poderá compreender, em caso algum, a renúncia, perda ou menoscabo de qualquer dos direitos políticos ou civis.

A falta de cumprimento do referido contrato, pelo trabalhador, só o obrigará à correspondente responsabilidade civil, sem que em caso algum se possa exercer coação sobre a sua pessoa. [...]

Art. 15. Não se autoriza a celebração de tratados para a extradição de réus políticos, nem para a dos delinqüentes comuns que tiverem estado, no país onde houverem cometido o delito, na condição de escravos; nem de convênios ou tratados, em virtude dos quais se modifiquem as garantias e os direitos estabelecidos nesta Constituição para o homem e para o cidadão4. [...]

Art. 17. Ninguém pode ser preso por dívidas de caráter puramente civil. Ninguém poderá fazer justiça por si mesmo nem exercer violência

3. Tradução do autor, conforme a redação original de 1917.

4. Disposição notável, ao exigir pioneiramente, na história constitucional, que o Estado mexicano se pautasse, nas relações internacionais, pelo respeito aos direitos humanos.

para reclamar seu direito. Os tribunais estarão prontos para ministrar justiça nos prazos e termos que fixe a lei; seu serviço será gratuito, ficando, em conseqüência, proibidas as custas judiciais5.

Art. 27. A propriedade das terras e águas, compreendidas dentro dos limites do território nacional, pertence originalmente à Nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo assim a propriedade privada.

As expropriações somente poderão fazer-se por causa de utilidade

pública e mediante indenização.

A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o fim de realizar uma distribuição eqüitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação. Com esse objetivo, serão ditadas as medidas necessárias para o fracionamento dos latifúndios; para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração; para a criação de novos centros de povoamento agrícola com terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos recursos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade. Os núcleos de população e comunidades que careçam de terras e águas, ou não as tenham em quantidade suficiente para as necessidades da população, terão o direito de recebê-las, devendo essas terras e águas ser tomadas das propriedades próximas, respeitada sempre a pequena propriedade. [...]

TÍTULO VI

Do Trabalho e da Previdência Social

Art. 123. O Congresso da União e as legislaturas dos Estados deverão editar leis sobre o trabalho, fundadas nas necessidades de cada re-

5. Nesse dispositivo, a Constituição mexicana foi muito além do que viria a ser disposto nos grandes tratados de direitos humanos da segunda metade do século XX. Assim é que o artigo II do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, de 1966, proíbe unicamente a prisão por dívidas de caráter contratual; e a Convenção Americana de Direitos Humanos excetua da norma proibitiva de prisão por dívidas aquela conseqüente ao inadimplemento de obrigação alimentar (obrigação de sustento entre cônjuges ou parentes). Vejam-se, a respeito dessas duas convenções, os capítulos 17^o e 18^o desta obra.

gião, sem contrariar as seguintes bases, que regerão o trabalho dos operários, diaristas, empregados, domésticos e artesãos e, de maneira geral, todo contrato de trabalho.

I - A duração máxima da jornada de trabalho será de oito horas.

II - A jornada máxima de trabalho noturno será de sete horas.

Ficam proibidos os trabalhos insalubres ou perigosos para as mulheres em geral, e para os menores de dezesseis anos. Fica também proibido, a umas e outros, o trabalho noturno industrial, bem como o trabalho, nos estabelecimentos comerciais, após as dez horas da noite.

III - Os jovens maiores de doze anos e menores de dezesseis terão a jornada máxima de seis horas. Não poderá ser contratado o trabalho dos menores de doze anos.

IV - Para cada seis dias de trabalho, o operário deverá desfrutar de um dia de descanso, pelo menos.

V - As mulheres, durante os três meses anteriores ao parto, não realizarão trabalhos físicos que exijam esforço material considerável. No mês seguinte ao parto desfrutarão obrigatoriamente de descanso, devendo perceber salário integral, conservar o emprego e os direitos que houverem adquirido por seu contrato. No período de lactação, terão dois

descansos extraordinários por dia, de meia hora cada um, para amamentar os filhos.

VI - O salário mínimo a que o trabalhador fará jus será o que se considerar suficiente, atendendo-se às condições de cada região, para satisfazer as necessidades normais de vida do operário, de sua educação e lazer honesto, enquanto chefe de família. Em toda empresa agrícola, comercial, fabril ou mineira, os trabalhadores terão direito a uma participação nos lucros, que será regulada como indicado no inciso IX.

VII - Para trabalho igual deve corresponder salário igual, sem se levarem em conta o sexo ou a nacionalidade.

VIII - O salário mínimo não será sujeito a penhora, compensação ou desconto.

IX - A fixação do tipo de salário mínimo e da participação nos lucros, a que se refere o inciso VI, far-se-á por comissões especiais, que se formarão em cada Município, subordinadas à Junta Central de Conciliação, que será criada em cada Estado.

X - O salário deverá ser pago exatamente em moeda de curso legal, não se permitindo fazê-lo em mercadorias, nem com vales, fichas ou qualquer outro signo representativo com que se pretenda substituir a moeda.

XI - Quando, por circunstâncias extraordinárias, devam ser aumentadas as horas da jornada de trabalho, pagar-se-á como salário, pelo tempo excedente, cinquenta por cento mais do que o fixado para as horas normais. Em caso algum, o trabalho extraordinário poderá exceder de três horas diárias, nem de três vezes consecutivas. Os homens menores de dezesseis anos e as mulheres de qualquer idade não serão admitidos nesta classe de trabalhos.

XII - Em toda empresa agrícola, industrial, mineira, ou de qualquer outra classe de trabalho, os patrões estarão obrigados a proporcionar aos trabalhadores habitações cômodas e higiênicas, pelas quais poderão cobrar alugueres que não excederão de meio por cento mensal do valor cadastral das propriedades. Deverão, igualmente, criar escolas, enfermarias e demais serviços necessários à comunidade. Se as empresas estiverem situadas em locais povoados e empregarem um número de trabalhadores superior a cem, terão a primeira das obrigações mencionadas.

XIII - Ademais, nos centros de trabalho com população superior a duzentos habitantes, dever-se-á reservar uma área de terreno de não menos que cinco mil metros quadrados, para o estabelecimento de mercados públicos e para a instalação de edifícios destinados aos serviços municipais e aos centros recreativos. Ficam proibidos, em qualquer centro de trabalho, o estabelecimento de venda de bebidas alcoólicas e as casas de jogos de azar.

XIV - Os empresários serão responsáveis pelos acidentes do trabalho e pelas moléstias profissionais dos trabalhadores, em razão do exercício da profissão ou do trabalho que executarem; por conseguinte, os patrões deverão pagar a indenização correspondente, conforme a consequência decorrente seja a morte, ou simplesmente a incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, de acordo com o que as leis determinarem. Esta responsabilidade subsistirá ainda no caso de o patrão contratar o trabalho por via de intermediário.

XV - O patrão será obrigado a observar, na instalação de seu estabelecimento, os preceitos legais sobre higiene e saúde, e a adotar as medidas adequadas para prevenir acidentes no uso das máquinas, dos instrumentos e do material de trabalho, assim como organizar este de tal forma que resulte para a saúde e a vida dos trabalhadores a maior garantia compatível com a natureza do estabelecimento, sob as penas que para o caso as leis determinarem.

XVI - Tanto os operários quanto os empresários terão direito a

se associarem em defesa dos seus respectivos interesses, formando sindicatos, associações profissionais etc.

XVII - As leis reconhecerão como um direito dos operários e dos patrões as greves e o fechamento temporário dos estabelecimentos.

XVIII - As greves serão lícitas quando tiverem por objetivo conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores de produção, harmonizando os direitos do trabalho com os do capital. Nos serviços públicos, será obrigatório para os trabalhadores avisar a Junta de Conciliação e Arbitragem, com dez dias de antecedência, sobre a data marcada para a suspensão do trabalho. As greves serão consideradas ilícitas, unicamente quando a maioria dos grevistas praticar atos violentos contra as pessoas ou as propriedades, ou, no caso de guerra, quando ocorrerem nos estabelecimentos ou serviços que dependam do governo. Os operários dos estabelecimentos fabris militares do Governo da República não ficarão compreendidos nas disposições deste ítem, por serem assimilados ao Exército Nacional.

XIX - O fechamento temporário de estabelecimentos será lícito, unicamente quando o excesso de produção torne necessário suspender o trabalho para manter os preços num limite suportável, mediante prévia aprovação da Junta de Conciliação e Arbitragem.

XX - As divergências ou os conflitos entre o capital e o trabalho ficarão sujeitos à decisão de uma Junta de Conciliação e Arbitragem, formada por igual número de representantes dos operários e dos patrões, e um do Governo.

XXI - Se o patrão se negar a submeter suas divergências à arbitragem, ou não aceitar o laudo pronunciado pela Junta, dar-se-á por terminado o contrato de trabalho e ele ficará obrigado a indenizar o operário com a importância correspondente a três meses de salário, sem prejuízo da responsabilidade que resultar do conflito. Se a recusa for dos trabalhadores, dar-se-á por terminado o contrato de trabalho.

XXII - O patrão que despedir um operário sem causa justificada, ou por haver ele entrado para uma associação ou sindicato, ou ainda por haver ele tomado parte em uma greve lícita, ficará obrigado, à escolha do trabalhador, a cumprir o contrato, ou a indenizá-lo com a importância correspondente a três meses de salário. Terá igualmente o patrão esta obrigação, quando o operário se despedir por falta de probidade do patrão, ou pelo fato de receber dele maus-tratos, seja em sua pessoa, seja na pessoa de seu cônjuge, de seus pais, filhos ou irmãos. O patrão não poderá eximir-se desta responsabilidade, quando os maus-tratos procederem de seus dependentes ou familiares, atuando com o seu consentimento ou tolerância.

XXIII - Os créditos a favor dos trabalhadores por salário ou ordenados vencidos no último ano, bem como por indenizações, terão preferên-

6. Inspirando-se neste dispositivo, o Governo brasileiro criou, em 25 de novembro de 1932, as primeiras Juntas de Conciliação e Julgamento, para dirimir conflitos individuais do trabalho. cia sobre quaisquer outros, nos casos de concurso de credores ou falência.

XXIV - Pelas dívidas contraídas pelos trabalhadores para com seus patrões, sócios, familiares ou dependentes, será responsável unicamente o próprio trabalhador, e em caso algum e por nenhum motivos dívidas poderão ser cobradas dos membros de sua família, nem serão exigíveis por quantia que exceder a do salário do trabalhador durante um mês.

XXV - O serviço de colocação de trabalhadores será gratuito para estes, seja ele realizado pelas repartições municipais, pelas bolsas de

trabalho, ou por qualquer outra instituição oficial ou particular.

XXVI - Todo contrato de trabalho, celebrado entre um mexicano e um empresário estrangeiro, deverá ser legalizado pela autoridade municipal competente e visado pelo cônsul da nação para a qual o trabalhador tiver de ir, sendo que, além das cláusulas ordinárias, especificar-se-á claramente que as despesas de repartição ficarão a cargo do empresário contratante.

XXVII - Serão nulas e não obrigarão os contratantes, embora se expressem no contrato, as condições:

- a) que estipulem um horário de trabalho desumano, por notoriamente excessivo, tendo em vista a natureza do trabalho;
- b) que fixem um salário que não seja remunerador, a juízo das Juntas de Conciliação e Arbitragem;
- c) que estipulem prazo superior a uma semana para a percepção do salário diário;
- d) que indiquem um lugar de recreio, hotel, café, taberna, cantina ou loja para o pagamento do salário, salvo se se tratar de empregados nesses estabelecimentos;
- e) que impliquem obrigação direta ou indireta de adquirir os artigos de consumo em lojas ou lugares determinados;
- f) que permitam reter o salário a título de multa;
- g) que constituam renúncia feita pelo operário das indenizações a que tenha direito por acidente do trabalho e moléstias profissionais, prejuízos ocasionados por descumprimento do contrato, ou por despedida do emprego;
- h) todas as demais estipulações que impliquem renúncia de algum direito consagrado a favor do operário nas leis de proteção e auxílio aos trabalhadores.

XXVIII - As leis determinarão os bens constituintes do patrimônio da família, bens esses que serão inalienáveis, não poderão sujeitar-se a ônus reais nem a penhora, e serão transmissíveis a título de herança com Simplificação das formalidades dos juízos sucessórios.

XXIX - Considera-se de utilidade social o estabelecimento de Caixas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cessação involuntária de trabalho, de acidentes e outras com fins análogos, razão pela qual, tanto o Governo Federal como o de cada Estado deverão fomentar a organização de instituições dessa natureza, para infundir e inculcar a previdência popular.

XXX - Da mesma forma, serão consideradas de utilidade social as sociedades cooperativas para a construção de casas baratas e higiênicas, destinadas a serem adquiridas como propriedade pelos trabalhadores em prazos determinados.

[...]

CAPÍTULO 9º

A CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1919

Origem

Instituidora da primeira república alemã, a Constituição dita de Weimar, cidade da Saxônia onde foi elaborada e votada, surgiu como um produto da grande guerra de 1914-1918, que encerrou o "longo século XIX". Promulgada imediatamente após o colapso de uma civilização, ela ressentiu-se desde o início, em sua aplicação, dos tumultos e incertezas inerentes ao momento histórico em que foi concebida.

A vigência efetiva dos textos constitucionais depende, muito mais do que as leis ordinárias, de sua aceitação pela coletividade. Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou, ao cabo de quatro anos de

combates, cerca de 2 milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população ativa masculina), sem contar a multidão dos definitivamente mutilados, o povo alemão passou a descrever de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. Sem dúvida, o texto constitucional é equilibrado e prudentemente inovador. Mas não houve tempo suficiente para que as novas idéias amadurecessem nos espíritos e as instituições democráticas começassem a funcionar a contento. A Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que se divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambigüidades e imprecisões, a começar pela própria designação do novo Estado, que se quis reconstruir sobre as ruínas do antigo. A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que "o império alemão (_das _Deutsche _Reich) é uma República"!

Mesmo antes do armistício de 11 de novembro, a Alemanha viu-se sacudida por uma rebelião naval, que em pouco tempo desembocou em verdadeira guerra civil. Em 29 de outubro de 1918, os marinheiros estacionados no porto de Kiel rebelaram-se contra uma ordem do comando naval da frota de alto-mar para se lançarem à "batalha final". Em 3 de novembro, a revolta ganhou adesões na quase-totalidade das forças navais, ao mesmo tempo em que, um pouco em toda parte, constituíam-se "conselhos de soldados e operários", segundo o modelo soviético.

Embora a abdicação do Kaiser Guilherme II fosse insistentemente pedida, ele ainda tentou salvar a dinastia, ao nomear no início de novembro seu filho, o Príncipe Max de Baden, como chefe do governo. Alimentava com isso a esperança de ganhar tempo e, em último caso, abrir mão tão-só da coroa imperial, permanecendo como rei da Prússia.

Os acontecimentos, no entanto, precipitaram-se. Na noite de 7 para 8 de novembro, uma "República Democrática e Socialista" era proclamada na Baviera. No dia imediato, ao sentirem que a liderança das forças populares lhes escapava em proveito dos grupos de esquerda mais radicais - notadamente o grupo _Spartakus, chefiado por Karl Liebknecht -, os representantes do partido socialista majoritário alemão (MSPD) retiraram-se do governo e convocaram uma greve geral. O Príncipe Max anunciou então a abdicação do imperador, designou o líder dos socialistas majoritários, Friedrich Ebert, para exercer as funções de chanceler, e propôs a convocação de uma assembléia nacional constituinte. No mesmo dia, à tarde, o ministro Philip Scheidemann, também do MSPD, tomou a iniciativa de proclamar a república, do balcão da chancelaria em Berlim. O governo provisório então formado, sob a denominação de Conselho dos Delegados do Povo, era chefiado por Ebert e compreendia três representantes dos socialistas majoritários e três do Partido Social Democrático Independente (USPD). Seus primeiros decretos foram o estabelecimento da jornada de trabalho de oito horas e a atribuição do direito de voto às mulheres. Seguiram-se várias medidas de assistência social aos setores mais carentes da população.

Os objetivos político-constitucionais dos partidos que compunham o governo provisório eram, porém, divergentes. Enquanto o MSPD propugnava a convocação de uma assembléia nacional constituinte e o estabelecimento de uma democracia parlamentar, o USPD manifestava-se a favor da imediata instituição da ditadura do proletariado e da completa socialização da economia, sem passar por uma reconstitucionalização formal do país.

Nos últimos dias de novembro, o governo promulgou uma nova lei eleitoral e convocou eleições para a formação de um congresso de representantes das diferentes províncias imperiais, que veio a se reunir em Berlim em 16 de dezembro. Em 20 de janeiro de 1919, esse congresso

votou, por ampla maioria, a convocação de uma assembléia nacional constituinte. Uma semana antes, porém, exatamente entre 6 e 15 de janeiro, as forças policiais, que compreendiam vários grupos paramilitares, empenharam-se em sangrentos combates de rua em Berlim contra os militantes do grupo _Spartakus. Em meio à refrega, os líderes esquerdistas Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo foram capturados e sumariamente executados. Com o desaparecimento dessas grandes personalidades da esquerda, únicas em condições de resistir criticamente à influência do comunismo soviético, o movimento socialista alemão viu-se singularmente enfraquecido para ganhar a confiança das classes médias e enfrentar com êxito, nas urnas, o pengo montante da extrema direita totalitária.

As eleições para a constituinte realizaram-se em 6 de fevereiro e, contrariamente à expectativa, os partidos socialistas não alcançaram a maioria absoluta, obtendo apenas 185 cadeiras (163 para o MSPD e 22 para o USPD), num total de 414.

O projeto de Constituição foi redigido por Hugo Preuss, discípulo do historiador do direito e teórico do antigo comunitarismo germânico, Otto v. Gierke¹. Desde a sua concepção, portanto, a Constituição de Weimar se estruturava contraditoriamente, procurando conciliar idéias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial.

Instalada em 6 de fevereiro de 1919, a assembléia nacional constituinte encerrou seus trabalhos em 31 de julho seguinte, quando foi aprovada a nova Constituição por 272 votos contra 75 e várias abstenções.

Pouco antes, porém, em 9 de julho, a assembléia havia ratificado o tratado de Versalhes, que impôs à Alemanha indenizações de guerra em montante desproporcional e insuportável. Como advertiu Keynes², as potências vencedoras criavam com isso as condições predisponentes de um futuro colapso financeiro da República Alemã, tornando impossível a sua normal integração no concerto europeu do pós-guerra. O fator desencadeante da bancarrota adveio dez anos após, com o colapso da Bolsa de Nova York e a grande depressão mundial que se lhe seguiu. Abria-se, assim, o palco para a entrada em cena da barbárie nazista, que destruiu a República de Weimar em poucas semanas, no início de 1933.

Importância histórica

Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exer-

1. A doutrina comunitária alemã sustentava que as tradições e instituições jurídicas dos povos germânicos não se baseavam em relações contratuais individualistas, mas sim em organizações de tipo familiar e clânico. A Constituição de Weimar, como não poderia deixar de ser, só incorporou a linguagem dos comunitaristas como, por exemplo, na segunda seção da segunda parte, ao falar de "vida comunitária", e na quarta seção dessa mesma parte, ao dispor que "a instrução pública é organicamente estruturada"), não as instituições comunitárias do passado germanico.

2. _The _Economic _Consequences _of _the _Peace, 1919.

ceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do

século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos - que o sistema comunista negava - com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966³, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais⁴. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos

3. Vide, *infra*, capítulo 17^o.

4. Um dos maiores constitucionalistas alemães de então, Carl Schmitt, sustentou que no texto de 1919 havia duas Constituições e não uma só, pois enquanto a Primeira parte do documento era neutra em matéria de valores, competindo ao legislador ordinário decidir quais as opções sociais que o Estado alemão deveria tomar, a segunda parte tinha uma orientação nitidamente socialista, declarando direitos fundamentais de natureza muito diversa e mesmo contraditória (*Verfassungslehre* 1^a ed., 1928, e 7^a ed., 1989, Berlim, p. 169; *Legalität und Legimitität*, 1^a ed., 1932, e 4^a ed., 1988, Berlim, p. 52 e 5.).

não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado e uma redistribuição de renda pela via tributária.

Essa orientação marcadamente social e não individualista aparece até mesmo nas disposições que o constituinte classificou como se referindo a pessoas individuais. Assim é que o art. 113, de modo pioneiro, atribuiu a grupos sociais de expressão não alemã o direito de conservarem o seu idioma, mesmo em processos judiciais, ou em suas relações com a Administração Pública. Fixou-se, dessa forma, a necessária distinção entre *diferenças* e *desigualdades*. As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.

No campo da vida familiar, a Constituição alemã de 1919 contém mais duas inovações de importância. Ela estabeleceu, pela primeira vez na história do direito ocidental, a regra da igualdade jurídica entre marido e mulher (art. 119), e equiparou os filhos ilegítimos aos legitimamente havidos durante o matrimônio, no que diz respeito à

política social do Estado (art. 121). Ademais, a família e a juventude são postas, precipuamente, sob a proteção estatal (arts. 119 e 122).

Mas foi, sem dúvida, pelo conjunto das disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista que a Constituição de Weimar organizou as bases da democracia social.

Consagrando a evolução ocorrida durante o século XIX, e que contribuiu decisivamente para a elevação social das camadas mais pobres da população em vários países da Europa Ocidental, atribuiu-se precipuamente ao Estado o dever fundamental de educação escolar. A educação fundamental foi estabelecida com a duração de oito anos, e a educação complementar até os dezoito anos de idade do educando. Em disposição inovadora, abriu-se a possibilidade de adaptação do ensino escolar ao meio cultural e religioso das famílias (art. 146, segunda alínea). Determinou a Constituição que na escola pública, em ambos os níveis - o fundamental e o complementar -, o ensino e o material didático fossem gratuitos (art. 145, *in fine*). Ademais, previu-se a concessão de subsídios públicos aos pais de alunos considerados aptos a cursar o ensino médio e o superior (art. 146, última alínea).

A seção sobre a vida econômica abre-se com uma disposição de princípio, que estabelece como limite à liberdade de mercado a preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana (art. 151).

A função social da propriedade foi marcada por uma fórmula que se tornou célebre: "a propriedade obriga" (art. 153, segunda alínea).

Tal como na Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais (arts. 157 e s.). Nesse conjunto de normas, duas devem ser ressaltadas. A do art. 162 chama a atenção pela sua extraordinária antecipação histórica: a preocupação em se estabelecerem padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado, tendo em vista a criação, à época ainda incipiente, de um mercado internacional de trabalho. No art. 163, é claramente assentado o direito ao trabalho, que o sistema liberal-capitalista sempre negou. Ele implica, claramente, o dever do Estado de desenvolver a política de pleno emprego, cuja necessidade, até mesmo por razões de estabilidade política, foi cruamente ressaltada pela recessão dos anos 30.

Nos arts. 165 e seguintes foi instituída a participação de empregados e empregadores na regulação estatal da economia. O movimento fascista tomou por base essas disposições da Constituição de Weimar para deformá-las, criando a organização corporativa da economia, sob a dominação do partido único.

O Texto
(Excertos)5

[...]

SEGUNDA PARTE

Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães

Primeira Secção - As Pessoas Individuais

[...]

Art. 113. Os grupos de língua estrangeira, componentes do povo alemão, não podem, por via legislativa ou administrativa, ser prejudicados em seu desenvolvimento livre e popular, especialmente no

emprego de sua língua materna no ensino, assim como na administração interna e na administração da justiça.

[...]

Segunda Secção - A Vida Comunitária

Art. 119. O matrimônio é posto sob especial proteção da Constituição, como fundamento da vida familiar, da conservação e do incremento da nação. Ele se assenta na igualdade de direitos de ambos os sexos.

5. Tradução do autor.

A higidez, saúde e o progresso social da família são tarefas do Estado (Staat)⁶ e dos Municípios. As famílias de prole numerosa têm direito a exigir amparo e auxílio do Estado (Staat).

A maternidade deve ser amparada e protegida pelo Estado.

[...]

Art. 121. A legislação deve assegurar aos filhos ilegítimos as mesmas condições de desenvolvimento físico, espiritual e social dos filhos legítimos.

Art. 122. A juventude deve ser protegida contra a exploração e o abandono moral, intelectual e físico. O Estado e os Municípios devem criar as instituições necessárias para tanto.

Regras de proteção por via coativa só podem ser determinadas com base na lei.

[...]

Quarta Secção - Educação e Escola

Art. 145. A escolaridade é obrigatória para todos. Ela é realizada, fundamentalmente, pela escola popular em pelo menos oito anos letivos e pela anexa escola complementar, até os dezoito anos completos. O ensino e o material didático, na escola popular e na escola complementar, são gratuitos.

Art. 146. A instrução pública é estruturada de forma orgânica. Para cada escola primária comum organiza-se uma escola média e uma escola superior. Para essa organização, o determinante é a pluralidade das vocações de vida, sendo que, para a admissão de uma criança em determinada escola, são levadas em conta suas aptidões e inclinações; não a situação econômica, a posição social ou a religião de seus pais.

No âmbito municipal, porém, são instituídas, a pedido das pessoas responsáveis pela educação das crianças, escolas populares adaptadas à sua confissão religiosa ou à sua visão de mundo, desde que o ensino, no

6. No texto da Constituição de Weimar, _Staat designa propriamente o conjunto dos poderes estatais, compreendendo portanto, já que se trata de uma federação, o Estado Central ou União Federal, que a Constituição denomina _Reich, e os Estados federados (_Länder). Os Municípios (_Gemeinde) não fazem parte da federação e, por isso mesmo, podem ser contrapostos a _Staat, como se vê no texto deste artigo. Acontece, no entanto, que o termo _Reich é usado na Constituição de Weimar de modo ambíguo, ora significando o Estado Central, ora designando a própria Alemanha, como nação politicamente organizada.

sentido do disposto na primeira alínea deste artigo, não seja prejudicado. A vontade das pessoas encarregadas da educação das crianças deve ser, tanto quanto possível, levada em consideração. As particularidades locais determinam a legislação dos Estados federados (die Landesgesetzgebung), respeitados os princípios de uma lei nacional (Reichgesetz).

Para o acesso de pessoas de poucos recursos às escolas médias e superiores, subsídios públicos são oferecidos pelo Estado central (Reich), os Estados federados (Länder) e os Municípios, para os pais de crianças que sejam consideradas aptas a cursar a escola média e a escola superior, até o final de seus estudos.

[...]

Quinta Secção - A Vida Econômica

Art. 151. A ordenação da vida econômica deve obedecer aos princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica dos indivíduos. [...]

Art. 152. Nas relações econômicas, a liberdade de contratar é válida, na forma da lei.

A usura é proibida. São nulos os negócios jurídicos que atentem contra os bons costumes.

Art. 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam das disposições legais. [...]

A propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum.

Art. 157. A força de trabalho é posta sob proteção do Estado Central (Reich). O Estado Central institui um direito do trabalho uniforme.

Art. 159. A liberdade de associação, para a proteção e o progresso das condições econômicas e de trabalho, é garantida para cada uma e todas as profissões. Todas as convenções e medidas regulamentares, que limitem ou estorvem essa liberdade, são ilícitas.

Art. 161. Para conservação da saúde e capacidade de trabalho, para proteção da maternidade e assistência contra as conseqüências econômicas da velhice, da invalidez e das vicissitudes da vida, o Estado Central (Reich) institui um amplo sistema de seguros, com a colaboração obrigatória dos segurados.

Art. 162. O Estado central toma a iniciativa de propor uma regulação internacional das relações jurídicas de trabalho, tendente a criar um padrão mínimo geral de direitos sociais.

Art. 163. Sem prejuízo de sua liberdade pessoal, todos os alemães têm o dever moral de utilizar suas forças físicas e espirituais para o bem da comunidade.

A todo alemão dá-se a possibilidade de prover à sua subsistência pelo seu trabalho. Enquanto não se lhe puder proporcionar uma oportunidade de trabalho, cuidar-se-á de suas necessidades de subsistência. As particularidades locais serão atendidas mediante leis especiais do Estado central (besondere Reichsgesetze).

Art. 164. A classe média na agricultura, na indústria e no comércio deve ser amparada pela legislação e a administração pública, e protegida contra a sobrecarga e a exaustão.

Art. 165. Os operários e empregados são chamados a colaborar, em igualdade de direitos com os empresários, na regulação das condições de salário e trabalho, assim como na evolução econômica geral das forças

produtivas. São reconhecidas as organizações de ambas as categorias e bem assim as convenções que celebrarem entre si.

Para salvaguarda de seus interesses sociais e econômicos, os operários e empregados mantêm representantes legais nos conselhos de empresa, bem como, de acordo com os setores econômicos, em Conselhos Distritais de Trabalhadores e num Conselho Nacional de Trabalhadores.

Os Conselhos Distritais de Trabalhadores e o Conselho Nacional de Trabalhadores, para o cumprimento das tarefas econômicas gerais e para a colaboração na execução das leis de socialização, reúnem-se com os representantes dos empresários, e bem assim com os dos grupos sociais interessados, em Conselhos Distritais Econômicos e num Conselho Econômico Nacional. Os Conselhos Distritais Econômicos e o Conselho Econômico Nacional devem ser organizados de forma que todos os grupos profissionais relevantes, segundo sua importância econômica e social, sejam neles representados.

Projetos de lei de fundamental importância em matéria de política social e de política econômica devem ser submetidos, previamente à sua apresentação, à consideração do Conselho Econômico Nacional. O Conselho Econômico Nacional tem também a iniciativa dessas leis. Se o Governo federal não estiver de acordo com esses projetos de lei, tem o direito de Submeter sua opinião à consideração da Assembléia Nacional. O Conselho Econômico Nacional, por intermédio de um de seus membros, pode defender seu projeto de lei perante a Assembléia Nacional (Reichstag). [...]

[...]

CAPÍTULO 10º

A CONVENÇÃO DE GENEVRA

SOBRE A ESCRAVATURA

1926

O tráfico de escravos africanos, iniciado pelos árabes no século IX, adquiriu grande amplitude com a fixação dos primeiros entrepostos portugueses na África Ocidental, na primeira metade do século XV.

As diferenças entre o tráfico conduzido pelos árabes e o explorado pelos europeus foram significativas. A escravidão nas sociedades muçulmanas atingia, indiferentemente, brancos e negros, e tinha um caráter sobretudo doméstico: os escravos serviam a família. Para os europeus, diversamente, o tráfico visou, desde o início, tão-só à população negra, e inseriu-se no empreendimento das culturas agroexportadoras, organizadas em forma capitalista nos grandes domínios rurais do continente americano. Os primeiros estabelecimentos da agroindústria açucareira no Brasil datam já das primeiras décadas da colonização, e foram responsáveis, durante mais de um século, pela alimentação da maior corrente de comércio internacional da época.

As Américas conheceram o mais vasto sistema de escravidão jamais organizado em toda a História. Até então, a servidão de pessoas humanas era uma consequência da guerra: as populações vencidas eram capturadas para servir ao vencedor, nem sempre como trabalhadores manuais, e o excedente vendido no mercado. A nova forma de escravidão praticada no continente americano distinguiu-se nitidamente da antiga, pelo seu caráter empresarial. A produção de açúcar, de tabaco e de algodão foi organizada segundo padrões capitalistas, com a mão-de-obra escrava sendo computada como puro insumo, analogamente à matéria-prima. Nos grandes estabelecimentos agrícolas da América tropical, quase inteiramente

voltados para a exportação, a mão-de-obra sempre foi o fator de produção mais escasso, em contraste com as vastas extensões de terras não ocupadas. Era natural, pois, que o comércio de fornecimento de trabalhadores tomasse desde logo grandes proporções.

De acordo com as estimativas mais recentes, quatro milhões de escravos africanos foram exportados pelo Mar Vermelho, mais quatro milhões pelo Oceano Índico e nove milhões pelas rotas de caravanas pelo Saara. As cifras do tráfico transatlântico variam de um mínimo de onze a um máximo de vinte milhões de escravos. A estimativa de maior aceitação entre os historiadores é a de doze a treze milhões de africanos transportados para as Américas, dos quais o Brasil teria recebido o maior contingente: cerca de três milhões e meio. Calcula-se que um milhão e meio de escravos pereceram durante o transporte pelo Atlântico e que um número ainda maior teria falecido antes do embarque. Uma vez chegados ao Novo Mundo, entre 5 e 10% dos africanos morriam logo no primeiro ano. Por volta de 1850, o número total de escravos vivendo nas Américas foi estimado em seis milhões.

1. Onze milhões é a cifra apresentada por Hugh Thomas em sua obra *The Slave Trade - The Story of the Atlantic Slave Trade: 1440-1870*, Simon & Schuster, 1997. Sobre o assunto vejam-se também: Robin Blackburn, *The Making of the New World Slavery - From the Baroque to the Modern, 1492-1800*, Verso, Londres e Nova York; Barbara L. Solow (org.), *Slavery and the Rise of the Atlantic System*, Cambridge University Press. Especificamente sobre o tráfico negreiro entre Angola e o Brasil, cf. Joseph C. Miller, *Way of Death - Merchant Capitalism and the Angolan Slave Trade 1730-1830*, The University of Wisconsin Press, e Linz Felipe de Alencastro, *O Trato dos Videntes - Formação do Brasil no Atlântico Sul*, Companhia das Letras, São Paulo.

Essa formidável sangria humana foi, sem dúvida, a principal causa da definitiva fragilização do continente africano, não só em matéria econômica, mas sobretudo no campo social. O estigma da escravidão ancestral continua, até hoje, a marcar a alma das populações negras.

A repressão ao tráfico, na verdade, somente teve início no século XIX.

No tratado de aliança e amizade entre a Inglaterra e Portugal, assinado no Rio de Janeiro em 1810, o príncipe regente português, declarando-se "plenamente convencido da injustiça e má política do comércio de escravos", obrigou-se "a que aos seus vassallos não será permitido continuar o comércio de escravos em outra alguma parte da Costa da África que não pertença atualmente aos domínios de Sua Alteza Real". Por cláusula secreta do mesmo tratado, D. João, em troca dos bons officios da Inglaterra para a restituição a Portugal de alguns territórios, notadamente aquele compreendido nos antigos limites da América Portuguesa do lado de Caiena, comprometeu-se a abolir de pronto todo o comércio e tráfico de escravos nos estabelecimentos de Bissau e Cacheu.

Cinco anos mais tarde, por um tratado assinado em Viena com a mesma Inglaterra, Portugal declarava proibir doravante, a todos os seus nacionais, "o comprar escravos ou traficar neles em qualquer parte da costa da África ao norte do Equador". Esse compromisso foi complementado por uma convenção assinada em Londres, em 1817, pela qual se reconhecia à Inglaterra o direito de visita e busca das naus portuguesas, suspeitas de servirem ao tráfico negreiro.

Os tratados de paz de Paris de 1814 e 1815, bem como as Declarações do Congresso de Viena de 1815 e a Declaração de Verona de

1822, reconhecendo que o tráfico de escravos violava os princípios de justiça e de humanidade", exortaram os Estados signatários a tomar, cada qual no âmbito de sua competência, as medidas apropriadas para reprimi-lo.

Os tratados de 1831 e 1833 entre a França e a Grã-Bretanha, o tratado de Londres de 1841 e o tratado de Washington de 1862 ocuparam-se da repressão do transporte de escravos africanos por via marítima, estabelecendo poderes recíprocos de visita, busca e captura dos navios suspeitos de servir ao tráfico negro.

Tornado independente em 1822, o Brasil celebrou com a Inglaterra, em 1826, uma convenção, segundo a qual o tráfico que se fizesse depois de três anos da troca de ratificações seria equiparado à pirataria. Em 1835 a Inglaterra, verificando o reiterado descumprimento dessa convenção, conseguiu obter do Brasil a aceitação de alguns artigos adicionais ao texto de 1826. Mas tudo continuou letra morta, levando o parlamento britânico a votar, em 1845, o chamado "bill Aberdeen", pelo qual os cruzadores ingleses foram autorizados a apresar os navios negreiros brasileiros, mesmo em alto-mar, e submetê-los a julgamento perante as Cortes do Almirantado. Uma das justificativas britânicas para esse recurso unilateral à força foi o fato de que, pelo tratado de 1826, o transporte ilegal de escravos por via marítima seria considerado um ato de pirataria. Somente cinco anos mais tarde, em 4 de setembro de 1850, poucos meses depois que o Almirantado britânico havia dado ordem a seus navios de guerra para fazerem a repressão ao tráfico até mesmo nas águas e portos do Brasil, a Assembléia Geral no Rio de Janeiro votou a Lei Eusébio de Queiroz, proibindo o tráfico negro e estabelecendo severas punições para os infratores.

O imperialismo colonialista europeu fez recrudescer, no último quartel do século XIX, as condições desumanas da exploração "in loco" de mão-de-obra servil para o desenvolvimento

2. O tratado de 1831 delimitava, como zona onde se exerceriam os poderes recíprocos de visita, busca e captura de navios suspeitos, a costa ocidental da África, uma zona de cerca de 20 milhas marítimas em torno de Madagascar, bem como as zonas com essa mesma extensão em torno de Cuba, Porto Rico e ao longo da Costa brasileira.

e a expansão do capitalismo industrial. Com a abolição da escravidão legal nas Américas e o estabelecimento da concorrência imperialista na África, o interesse empresarial pelo tráfico negro declinou sensivelmente. É verdade que o Ato Geral da Conferência de Berlim, de 1885, continha disposições repressoras, não apenas do tráfico, mas da própria escravidão. Mas as suas disposições, que diziam respeito apenas à região do Congo, nunca foram aplicadas.

A conferência diplomática instalada em Bruxelas em novembro de 1889, e que encerrou seus trabalhos no ano seguinte com a proclamação de um Ato Geral sobre a repressão ao tráfico de escravos africanos, foi na verdade um colossal embuste. O seu objetivo declarado não era a abolição das práticas escravistas - o acordo final admitiu expressamente a continuidade da escravidão "doméstica" nos países signatários onde ela subsistia (capítulo 1º)³ -, mas sim a repressão ao tráfico de escravos que se fazia em prejuízo do chamado Estado Livre do Congo, criado e explorado pelo rei belga Leopoldo II como seu patrimônio pessoal. No final do século XIX, aliás, o tráfico negro, que já tinha sido uma das mais pujantes indústrias da idade moderna, perdera muito de sua importância no plano mundial.

Logo após a assinatura do Ato Geral da Conferência de Bruxelas, o "boom" da borracha levou as autoridades do Estado Livre do Congo a um paroxismo de brutalidade contra as populações locais, reduzidas à mais

abominável escravidão. Estima-se que entre 5 e 8 milhões de seres humanos - homens, mulheres e crianças - tenham sido exterminados.

3. O texto oficial em língua francesa emprega o adjetivo *domestique*, que significa, como em português, o que diz respeito à vida da casa, da família. Em inglês, porém, *domestic* pode significar, também, o que diz respeito a assuntos internos de um país. A ambigüidade era, portanto, evidente.

em uma das experiências mais sanguinárias do capitalismo colonialista⁴.

Encerrada a 1ª Guerra Mundial, a Convenção de Saint-Germain-en-Laye, de 1919, celebrada pelos Estados Unidos, Bélgica, Império Britânico, França, Itália, Japão e Portugal, procedeu à revisão e atualização do Ato Geral da Conferência de Bruxelas.

Em 25 de setembro de 1926, a Assembléia da Liga das Nações aprovou uma convenção sobre a escravidão e o tráfico de escravos, com o objetivo de "completar e desenvolver a obra realizada pelo Ato de Bruxelas, e de encontrar um meio de dar efeito prático, no mundo inteiro, às intenções expressas no tocante ao tráfico de escravos e à escravidão, pelos signatários da Convenção de St.-Germain-en-Laye".

A Convenção de 1926, porém, ficou a meio caminho da meta que seus autores se propuseram alcançar. Logo no artigo 2º, as altas partes contratantes declararam se obrigar, de um lado, "a impedir e a reprimir o tráfico de escravos", mas de outro, simplesmente, "a promover a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas, progressivamente e assim que possível", o que obviaamente não significava obrigação alguma, na prática. Reproduzindo as hesitações e meias-medidas que tão bem conhecemos no Brasil durante a segunda metade do século XIX, o relatório da comissão que redigiu o projeto de convenção declarou que, "para realizar com êxito a abolição efetiva da escravidão, era indispensável não perder de vista a necessidade de manter a ordem e de assegurar o bem-estar das populações interessadas". Daí a razão do emprego da expressão "progressivamente e assim que possível".

4. Veja-se, a propósito, o relato de Adam Hochschild sobre esse formidável massacre em *O Fantasma do Rei Leopoldo - Uma história de cobiça, terror e heroísmo na África Colonial*, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

No artigo 52, as disposições referentes ao trabalho forçado ou obrigatório parecem ter sido concebidas para deixar as coisas no mesmo estado de sempre.

Na 14ª Conferência Internacional do Trabalho, reunida em Genebra em 1930, foi adotada a Convenção n. 29, sobre a abolição do trabalho forçado.

Em 1953, um Protocolo aberto à assinatura ou à aceitação na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova York, emendou a Convenção de 1926, a fim de adaptar as suas disposições ao quadro jurídico da Organização das Nações Unidas e à Corte Internacional de Justiça⁵. Em 1957, a 40ª Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 105, que editou novas normas sobre o trabalho forçado.

O Texto6
(Excertos)

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, fica entendido que:

1º A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade;

2º O tráfico de escravos compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo com o propósito de escravizá-lo; todo ato de aquisição de um escravo com o propósito de vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão, por meio de venda ou troca, de um escravo adquirido para ser vendido ou trocado; assim como, em geral, todo ato de comércio ou de transporte de escravos.

Artigo 2º

As Altas Partes Contratantes se comprometem, na medida em que ainda não hajam tomado as necessárias providências, e cada uma nO

5. A Convenção, tal como emendada pelo Protocolo, só foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 58.563, de 1º de junho de 1966.

6. Com a redação dada pelo Protocolo de 1953.

que diz respeito aos territórios colocados sob a sua soberania, jurisdição, proteção suserania ou tutela:

a) a impedir e reprimir o tráfico de escravos;

b) a promover a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas, progressivamente e logo que possível.

Artigo 3º

As Altas Partes Contratantes se comprometem a tomar todas as medidas necessárias para impedir e reprimir o embarque, o desembarque e o transporte de escravos nas suas águas territoriais, assim como, em geral, em todos os navios que arvoreem os seus respectivos pavilhões.

As Altas Partes Contratantes se comprometem a negociar, logo que possível, uma Convenção Geral sobre o tráfico de escravos que lhes outorgue direitos e lhes imponha obrigações da mesma natureza dos que foram previstos na Convenção de 17 de junho de 1925, relativa ao Comércio Internacional de Armas (artigos 12, 20, 21, 22, 23, 24 e parágrafos 3, 4, 5 da seção II do anexo II), sob reserva das adaptações necessárias, ficando entendido que essa Convenção Geral não colocará os navios (mesmo de pequena tonelagem) de nenhuma das Altas Partes Contratantes numa posição diferente da das outras Altas Partes Contratantes.

Fica igualmente entendido que, antes e depois da entrada em vigor da mencionada Convenção Geral, as Altas Partes Contratantes conservam toda liberdade de realizar entre si, sem contudo derrogar os princípios estipulados no parágrafo precedente, entendimentos especiais que, em razão da sua situação peculiar, lhes pareçam convenientes para conseguir, com a maior brevidade possível, a abolição completa do tráfico de escravos.

Artigo 4º

As Altas Partes Contratantes prestarão assistência umas às outras para lograr a supressão da escravidão e do tráfico de escravos.

Artigo 5º

As Altas Partes Contratantes reconhecem que o recurso ao trabalho forçado ou obrigatório pode ter graves conseqüências e se comprometem, cada uma no que diz respeito aos territórios submetidos à sua soberania, jurisdição, proteção, suserania ou tutela, a tomar as medidas necessárias para evitar que o trabalho forçado ou obrigatório produza Condições análogas à escravidão.

Fica entendido que:

1º Sob reserva das disposições transitórias enunciadas no parágrafo 2 abaixo, o trabalho forçado ou obrigatório somente pode ser exigido para fins públicos;

2º Nos territórios onde ainda existe o trabalho forçado ou obrigatório para fins que não sejam públicos, as Altas Partes Contratantes se esforçarão por acabar com essa prática, progressivamente, com a maior rapidez possível e, enquanto subsistir, o trabalho forçado ou obrigatório só será empregado a título excepcional, contra remuneração adequada e com a condição de não poder ser imposta a mudança do lugar habitual de residência.

3º Em todos os casos, as autoridades centrais competentes do território interessado assumirão a responsabilidade do recurso ao trabalho forçado ou obrigatório.

Artigo 6º

As Altas Partes Contratantes, cuja legislação não seja desde já suficiente para reprimir as infrações às leis e regulamentos promulgados para aplicar a presente Convenção, se comprometem a tomar as medidas necessárias para que essas infrações sejam severamente punidas.

Artigo 7º

As Altas Partes Contratantes se comprometem a comunicar umas às outras e ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas as leis e regulamentos que promulgarem para a aplicação das disposições da presente Convenção.

Artigo 8º

As Altas Partes Contratantes convêm em que todos os litígios, que possam surgir entre as mesmas quanto à interpretação ou à aplicação da presente Convenção, serão encaminhados à Corte Internacional de Justiça, se não puderem ser resolvidos por negociação direta. Se os Estados entre os quais surgir algum litígio, ou um deles, não forem Partes no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, esse litígio será submetido, à vontade dos Estados interessados, quer à Corte Internacional de Justiça, quer a um tribunal de arbitragem constituído em conformidade com a Convenção de 18 de outubro de 1907 para a solução pacífica dos conflitos internacionais, quer a qualquer outro tribunal de arbitragem.

Artigo 9º

Cada uma das Altas Partes Contratantes pode declarar, quer no momento de sua assinatura, quer no momento da sua ratificação ou adesão, que, no que diz respeito à aplicação das disposições da presente convenção ou de algumas delas, sua aceitação não vincula todos ou qualquer dos territórios que se acham sob a sua soberania, jurisdição, proteção, suserania ou tutela; e cada uma das Altas Partes Contratantes poderá posteriormente aderir em separado, total ou parcialmente, em nome de qualquer deles.

[...]

CAPÍTULO 11º

A CONVENÇÃO RELATIVA AO TRATAMENTO DE PRISIONEIRO DE GUERRA

Genebra, 1929

O chamado direito internacional humanitário, cujo embrião foi a Convenção de Genebra de 1864¹, constituiu-se no curso do século XX em dois ramos distintos. De um lado, o conjunto de normas internacionais destinadas a limitar o recurso a determinados métodos ou meios de combate durante as hostilidades armadas. E o atual *ius ad bellum*, o qual, por razões históricas, passou a ser conhecido como "direito de Haia". O segundo ramo do direito internacional humanitário é formado pelas normas internacionais, que têm por fim proteger as vítimas de conflitos bélicos. Tais normas, pelo fato de terem sido adotadas em conferências internacionais patrocinadas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, passaram a compor o "direito de Genebra".

O vigente "direito de Haia" é composto por vários acordos internacionais: o Protocolo de Genebra de 1925, sobre a proibição do emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos e similares, e de meios bacteriológicos de guerra² o Tratado para a proscrição de armas nucleares na América Latina³ o Tratado de não-proliferação das armas nucleares de 1968; a Convenção de 1972, sobre a proibição do desenvolvimento, produção e

1. Cf. capítulo 7º, supra.

2. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 67.200, de 15 de setembro de 1970.

3. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 50, de 1967.

estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) e à base de toxinas e sua destruição⁴ a Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção, estocagem e uso de armas químicas e sobre a destruição das armas químicas existentes no mundo, adotada no âmbito das Nações Unidas em 1993⁵; o Tratado de proibição completa de testes nucleares de 1996; a Convenção de Ottawa de 1997, sobre a Proibição de Uso, Armazenagem, Produção e Transferência de Minas Antipessoais.

No final do século XX, a distinção entre esses dois ramos do direito internacional humanitário tornou-se praticamente inexistente. Enquanto no início do século XX as vítimas civis de conflitos bélicos não passavam de 5% do total dos mortos, feridos e desaparecidos, no final do século as vítimas civis formam 90% desse total⁶.

A Convenção de Genebra, assinada em 27 de julho de 1929, refundiu e desenvolveu o conjunto das normas de proteção aos prisioneiros de guerra, assentadas na Convenção de 1864 e na Convenção de Haia de 1907 (sobre os prisioneiros de guerra marítima). O Governo suíço assumiu a função de órgão centralizador dos instrumentos de ratificação, os quais foram em seguida enviados ao Secretariado da Liga das Nações, para lá serem depositados.

Trata-se de documento normativo extenso e minucioso, contendo noventa e sete artigos e um anexo, regulando a captura, o cativo, a organização dos campos de prisioneiros, o trabalho dos prisioneiros de guerra, suas relações com o mundo exterior bem como entre si e com as autoridades, o fim do cativo, a morte dos cativos, os escritórios de ajuda e informação

4. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 77.374, de 1º de abril de 1976.

5. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 9, de 29 de fevereiro de 1996.

6. Cf. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, *Relatório do Desenvolvimento Humano 1998*, edição portuguesa, p. 35.

e a aplicação de suas disposições ao pessoal civil que acompanha as forças armadas sem delas fazer parte, como jornalistas, fornecedores de

mantimentos etc.

O Texto7
(Excertos)

PARTE 1
Disposições Gerais

[...]

Artigo 2º

Os prisioneiros de guerra acham-se em poder do governo inimigo, não em poder de indivíduos ou formações militares que os capturaram.

Eles devem, em qualquer tempo, ser tratados humanamente e protegidos contra atos de violência, insultos e a curiosidade pública.

São proibidas medidas de represália contra eles.

Artigo 3º

Os prisioneiros de guerra têm direito a serem respeitados em sua pessoa e em sua honra. As mulheres devem ser tratadas com toda a consideração devida ao seu sexo. Os prisioneiros de guerra mantêm sua plena capacidade civil.

Artigo 4º

A Potência que detém prisioneiros de guerra em seu poder é obrigada a providenciar a sua manutenção.

Diferenças de tratamento entre prisioneiros são permitidas tão-só se se basearem em patente militar, o estado de saúde física ou mental, as habilidades profissionais, ou o sexo dos beneficiários.

[...]

7. Tradução do original inglês pelo autor.

CAPÍTULO 12º

A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Significado Histórico da 2ª Guerra Mundial

A Guerra Mundial de 1939 a 1945 costuma ser apresentada como a conseqüência da falta de solução, na conferência internacional de Versalhes, das questões suscitadas pela 1ª Guerra Mundial e portanto, de certa forma, como a retomada das hostilidades interrompidas em 1918. Essa interpretação é plausível, mas deixa na sombra o fato de que o conflito bélico deflagrado na madrugada de 1º de setembro de 1939, com a invasão da Polônia pelas forças armadas da Alemanha nazista, diferiu profundamente da guerra de 1914 a 1918.

Diferiu não tanto pelo maior número de países envolvidos e a duração mais prolongada do conflito - seis anos, a partir das primeiras declarações oficiais de guerra, sem contar portanto a ocupação da Manchúria pelo Japão, em 1932, e a da Etiópia pela Itália, em 1935 - quanto pela descomunal cifra das vítimas. Calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a 2ª Guerra Mundial, a maior parte delas

civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase-totalidade, eram militares. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de cerca de 4 milhões de refugiados, com a cessação das hostilidades na Europa, em maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo forçado ou voluntário, dos países onde viviam em meados de 1939.

Mas, sobretudo, a qualidade ou característica essencial das duas guerras mundiais foi bem distinta. A de 1914-1918 desenrolou-se, apesar da maior capacidade de destruição dos meios empregados (sobretudo com a introdução dos tanques e aviões de combate), na linha clássica das conflagrações imediatamente anteriores, pelas quais os Estados procuravam alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar os povos inimigos. A 2ª Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Demais, o ato final da tragédia - o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente - soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra.

As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.

A Organização das Nações Unidas

A ONU difere da Sociedade das Nações, na mesma medida em que a 2ª Guerra Mundial se distingue da 1ª. Enquanto em 1919 a preocupação única era a criação de uma instância de arbitragem e regulação dos conflitos bélicos, em 1945 objetivou-se colocar a guerra definitivamente fora da lei. Por outro lado, o horror engendrado pelo surgimento dos Estados totalitários, verdadeiras máquinas de destruição de povos inteiros, suscitou em toda parte a consciência de que, sem o respeito aos direitos humanos, a convivência pacífica das nações tomava-se impossível.

Por isso, enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.

As idéias germinais da ONU encontram-se na mensagem sobre o estado da União, dirigida pelo Presidente Franklin D. Roosevelt ao Congresso norte-americano em 6 de janeiro de 1941, bem como na chamada "Carta do Atlântico", assinada pelo Presidente Roosevelt e o Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill em 14 de agosto do mesmo ano.

Na primeira parte de sua mensagem sobre o estado da União de 6 de janeiro de 1941, o Presidente norte-americano procurou demonstrar que os Estados Unidos, por razões de decência e de segurança nacional, não poderiam permanecer indiferentes diante do assalto à liberdade dos povos, que vinha sendo perpetrado pelos países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão). Na segunda parte do seu discurso, o Presidente traçou as linhas gerais do que deveria ser a política internacional dos Estados Unidos, no esforço de reconstrução do mundo no pós-guerra:

"No porvir, que procuramos tornar seguro, ansiamos por um mundo fundado em quatro liberdades humanas essenciais.

A primeira é a liberdade de palavra e expressão - em todas as partes do mundo.

A segunda é a liberdade, para todas as pessoas, de adorar Deus do modo que lhes pareça mais apropriado - em todas as partes do mundo.

A terceira é a libertação da penúria (_freedom_from_want) - a qual, traduzida em termos mundiais, significa a existência de acordos econômicos que assegurem a todas as nações uma paz sólida - em todas as partes do mundo.

A quarta é a libertação do medo - a qual, traduzida em termos mundiais, significa uma redução de armamentos em escala mundial, em tal grau e de modo tão completo que nação alguma esteja em condições de cometer um ato de agressão física contra qualquer de seus vizinhos - em todas as partes do mundo".

Na "Carta do Atlântico", Roosevelt e Churchill declararam que o objetivo comum a seus países, na guerra em curso, era o respeito pelo direito de todos os povos de escolher a sua própria forma de governo, bem como a intenção de lutar para a restauração dos direitos soberanos e de autogoverno, para todos aqueles que foram deles privados pela força. Os signatários obrigavam-se a promover o igual acesso de todos os Estados ao comércio mundial e ao suprimento de matérias-primas. Declararam esperar promover a colaboração mundial para a melhoria dos padrões de trabalho, o progresso econômico e a previdência social. Comprometeram-se, após a destruição da "tirania nazista", a procurar estabelecer uma situação de paz em que todas as nações pudessem viver com segurança dentro de suas fronteiras, livres do medo e da miséria.

A "Carta do Atlântico" foi depois incorporada à Declaração das Nações Unidas, de 12 de janeiro de 1942, em que as 26 potências que combatiam as forças do Eixo proclamaram seus objetivos de guerra. Os signatários foram declarados "membros originários" da ONU, cuja Carta de fundação foi assinada por 51 países em 26 de junho de 1945, ao término da Conferência de São Francisco¹.

No texto da Carta, como se vê da leitura dos artigos 13 e 55, os direitos humanos foram concebidos como sendo, unicamente, as liberdades individuais. No entanto, um dos propósitos da Organização, como se lê no preâmbulo da Carta, é o de "empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Com esse intuito, foi criado o Conselho Econômico e Social, órgão inexistente no quadro da Sociedade das Nações, atribuindo-se-lhe a incumbência de favorecer, entre os povos, "níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento

1. O Brasil aprovou a Carta das Nações Unidas pelo Decreto-lei n. 7.935, de 4 de setembro de 1945, ratificando-a em 21 de setembro.

econômico e social". Mas o efetivo direito ao desenvolvimento só veio a ser reconhecido mais tarde e, ainda assim, despojado dos necessários instrumentos de garantia².

Em contrapartida, a Carta das Nações Unidas afirma, equivocadamente, a existência de um direito de autodeterminação dos povos.

Em cumprimento ao disposto no art. 68 da Carta, em 1946 o Conselho Econômico e Social, por meio de duas Resoluções (5.1, de 16 de fevereiro, e 9.2, de 21 de junho), aprovou o estatuto da Comissão de Direitos Humanos, composta de 54 Estados com mandato de dois anos.

A Comissão de Direitos Humanos exerce dupla função: de promoção e de proteção da dignidade humana.

Na qualidade de órgão promotor de direitos humanos, a Comissão encarrega-se de elaborar o anteprojeto de declarações e tratados

internacionais relativos a esses direitos. Assim foi com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e com os dois Pactos Internacionais de 1966, aprovados pela Assembléia Geral, o primeiro sobre direitos civis e políticos, o segundo sobre direitos econômicos, sociais e culturais³.

A função de proteção dos direitos humanos, exercida pela Comissão, é objeto de dois procedimentos especiais, definidos pelas Resoluções de números 1235 e 1503, baixadas pelo Conselho Econômico e Social respectivamente em 1967 e 1970.

Por força da primeira dessas Resoluções, a Comissão de Direitos Humanos tem competência para iniciar *ex officio* inquéritos sobre situações de violações flagrantes e reiteradas de direitos humanos, inquéritos esses que podem levar a uma condenação do Estado considerado responsável. A Comissão tem ainda competência para pôr em funcionamento um mecanismo

2. Vejam-se os capítulos 20^o e 21^o desta obra.
3. Cf., *infra*, capítulos 13^o e 17^o.

de vigilância e informação sobre um país ou um tema determinado.

No procedimento regulado pela Resolução n. 1503, a Comissão de Direitos Humanos examina "toda comunicação suscetível de revelar um conjunto de violações flagrantes e sistemáticas" de direitos humanos. O denunciante pode ser uma pessoa natural ou jurídica, e os pré-requisitos para que a denúncia seja recebida pela Comissão são três: a comunicação não deve ser insultante nem anônima, todos os recursos internos devem ter sido exauridos e a situação relatada não deve ser objeto de um outro procedimento internacional.

Em 20 de dezembro de 1993, pela Resolução n. 48/181, a Assembléia Geral das Nações Unidas criou o posto de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, com a missão de "promover o respeito universal de todos os direitos humanos, traduzindo em atos concretos a vontade e a determinação da comunidade internacional, tal como ela se exprime por intermédio da ONU".

Já no que concerne à tarefa da ONU de manter a paz e a segurança internacionais, a qual constitui o primeiro dos propósitos e princípios da Organização, é forçoso reconhecer que ela tem sido descumprida em razão da estrutura oligárquica do Conselho de Segurança, onde os membros permanentes têm o poder de veto. Além disso, uma das principais atribuições do órgão, a saber, a de formular "os planos a serem submetidos aos membros das Nações Unidas, para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos" (art. 26), nunca foi levada a sério, pois ela se choca com os interesses nacionais das grandes potências. Entre 1987 e 1994, as despesas militares mundiais situaram-se no fantástico nível de 3,6% do produto bruto mundial. E, muito embora na virada do século tenham baixado para cerca de 2,6% do produto mundial, elas tendem a retomar seu crescimento, em razão da necessidade intrínseca do sistema capitalista de aumento exponencial do consumo, como base de sustentação para o crescimento da produção, que realimenta o processo de acumulação de capital. A guerra, como sabido, é um sorvedouro de recursos e o melhor estimulante das economias em recessão.

Em razão do mesmo sistemático abuso de poder por parte do Conselho de Segurança, o sistema de solução pacífica de controvérsias, organizado no capítulo VI da Carta, não tem funcionado a contento. O art. 36, 3, prevê a obrigatória submissão à Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia, de todas as controvérsias de caráter jurídico. Mas os membros permanentes do Conselho de Segurança, quando essa solução não lhes convém, impedem o normal recurso à jurisdição

internacional. preferindo resolver a disputa com o uso de toda a sorte de pressões, inclusive a intervenção militar. Aliás, a autoridade da Corte Internacional de Justiça, como órgão jurisdicional, é limitada, pois, salvo declaração em contrário, os Estados partes no Estatuto da Corte não se submetem, de pleno direito, à sua jurisdição (Estatuto, art. 36, 2).

O Texto4
(Excertos)

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e

4. Tradução oficial brasileira.

a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla,

E PARA TAIS FINS

praticar a tolerância e viver em paz, uns com outros, como bons Vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos,

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Capitulo 1

Propósitos e Princípios

Artigo 1

Os propósitos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Artigo 2

A Organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no art. 12, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.

2. Todos os membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa-fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.

3. Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

5. Todos os membros darão às Nações Unidas toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.

6. A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

[...]

Capítulo IV

Assembléia-Geral

Artigo 1º

A Assembléia-Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no art. 12, poderá fazer recomen-

dações aos membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança, ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos.

[...]

Artigo 12 Enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembléia-Geral não fará nenhuma recomendação a

respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite. [...]

Artigo 13

1. A Assembléia-Geral iniciará estudos e fará recomendações destinadas a:

a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação;

b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário, e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião.

2. As demais responsabilidades, funções e atribuições da Assembléia-Geral, em relação aos assuntos mencionados no § 1º (b) acima, estão enumerados nos capítulos IX e X.

[...]

Artigo 18

1. Cada membro da Assembléia-Geral terá um voto.

2. As decisões da Assembléia-Geral, em questões importantes, serão tomadas por maioria de 2/3 dos membros presentes e votantes. Essas questões compreenderão: recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, a eleição dos membros não permanentes do Conselho de Segurança, a eleição dos membros do Conselho Econômico e Social, a eleição dos membros do Conselho de Tutela, de acordo com o § 1º (c) do artigo 86; relativas à admissão de novos membros das Nações Unidas, à suspensão dos direitos e privilégios de membros; questões referentes ao funcionamento do sistema de tutela e questões orçamentárias.

3. As decisões sobre outras questões, inclusive a determinação de categorias adicionais de assuntos a serem decididos por uma maioria de 2/3, serão tomadas por maioria dos membros presentes e que votem.

[...]

Capítulo V

Conselho de Segurança

[...]

Artigo 26

A fim de promover o estabelecimento e a manutenção da paz e da segurança internacionais, desviando para armamentos o menos possível dos recursos humanos e econômicos do mundo, o Conselho de Segurança terá o encargo de formular, com a assistência da Comissão de Estado-Maior, a que se refere o art. 47, os planos a serem submetidos aos membros das Nações Unidas, para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos.

Artigo 27

1. Cada membro do Conselho de Segurança terá um voto.

2. As decisões do Conselho de Segurança, em questões processuais, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros.

3. As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no capítulo VI e no § 32 do

art. 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar.

Capítulo VI

Solução Pacífica de Controvérsias

Artigo 33

1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes, a resolver, por tais meios, suas controvérsias.

[...]

Artigo 36

1. O Conselho de Segurança poderá, em qualquer fase de uma controvérsia de natureza a que se refere o art. 33, ou de uma situação de

natureza semelhante, recomendar procedimento ou métodos de solução apropriados.

2. O Conselho de Segurança deverá tomar em consideração quaisquer procedimentos para a solução de uma controvérsia, que já tenham sido adotados pelas partes.

3. Ao fazer recomendações, de acordo com este artigo, o Conselho de Segurança deverá tomar em consideração que as controvérsias de caráter jurídico devem, em regra geral, ser submetidas pelas partes à Corte Internacional de Justiça, de acordo com os dispositivos do Estatuto da Corte.

[...]

Capítulo VII

Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão

[...]

Artigo 47

1. Será estabelecida uma Comissão de Estado-Maior, destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança, em todas as questões relativas às exigências militares do mesmo Conselho, para a manutenção da paz e da segurança internacionais, utilização e comando das forças colocadas à sua disposição, regulamentação de armamentos e possível desarmamento. [...]

Capítulo IX

Cooperação Internacional Econômica e Social

Artigo 55

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56

Para a realização dos propósitos enumerados no art. 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

[...]

Capítulo X

Conselho Econômico e Social

[...]

Artigo 62

1. O Conselho Econômico e Social fará ou iniciará estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, e poderá fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembléia-Geral, aos membros das Nações Unidas e às entidades especializadas interessadas.
2. Poderá igualmente fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.
3. Poderá preparar projetos de convenções a serem submetidos à Assembléia-Geral, sobre assuntos de sua competência.
4. Poderá convocar, de acordo com as regras estipuladas pelas Nações Unidas, conferências internacionais sobre assuntos de sua competência.

[...]

Artigo 68

O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos do homem, assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções.

CAPÍTULO 13º

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

1948

Sentido histórico

Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas. Na primeira, incumbir-lhe-ia elaborar uma declaração de direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta das Nações Unidas¹. Em seguida, dever-se-ia produzir, no dizer de um dos

delegados presentes aquela reunião, "um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração", documento esse que haveria de ser, obyiamente, um tratado ou convenção internacional. Finalmente, ainda nas palavras do mesmo delegado, seria preciso criar "uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação".

A primeira etapa foi concluída pela Comissão de Direitos Humanos em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro do mesmo ano. A segunda etapa somente se completou em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais². Antes disso, po-

1. Cf. capítulo 12º, *supra*.
2. Cf. *infra*, capítulo 17º.

rém, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou várias convenções sobre direitos humanos, referidas mais abaixo. A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal observância desses direitos, ainda não foi completada. Por enquanto, o que se conseguiu foi instituir um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de um Protocolo facultativo, anexo ao Pacto sobre direitos civis e políticos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita - e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais - após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar.

Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo 1. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

A força jurídica do documento

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *recomendação*, que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima.

Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de

resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas. É óbvio que a mesma distinção há de ser admitida no âmbito do direito internacional. Já se reconhece aliás, de há muito, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e os princípios gerais de direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38). Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana. A própria Corte Internacional de Justiça assim tem entendido. Ao julgar, em 24 de maio de 1980, o caso da retenção, como reféns, dos funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana em Teerã, a Corte declarou que "privar indevidamente seres humanos de sua liberdade, e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

O teor do documento

No segundo dos _consideranda do preâmbulo, a Declaração menciona explicitamente as "quatro liberdades" proclamadas pelo discurso do Presidente Franklin Roosevelt, em 6 de janeiro de 1941. Ressalta-se, aí, que "o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum".

Logo no artigo 1, a Declaração proclama os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

A formação histórica dessa tríade sagrada remonta à Revolução Francesa. Mas a sua consagração oficial em textos jurídicos só se fez tardiamente. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tal como o _Bill_of_Rights de Virgínia de 1776, só se referem à liberdade e à igualdade⁴. A fraternidade veio a ser mencionada, pela primeira vez - e, ainda assim, não como princípio jurídico, mas como virtude cívica -, na Constituição francesa de 1791⁵. Foi somente no texto constitucional da segunda república francesa, em 1848, que o tríptico veio a ser oficialmente declarado⁶.

O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II. A isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência desse princípio. O

pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro - um indivíduo, uma classe social, um povo - como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. Pode-se aprofundar o argumento e sustentar, como fez Hannah Arendt ao refletir sobre a trágica experiência dos totalitarismos no século XX, que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, tornam-no uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política, quanto a individual. A primeira vem declarada no artigo XXI e a se-

4. Cf. capítulos 4º e 5º.

5. "Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de La Révolution Française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux bis" (Título Primeiro).

6. "File (la République Française) a pour principe la Liberté, la Égalité et la Fraternité" (Preâmbulo. IV).

7. *The Origins of Totalitarianism*, nova edição, Harcourt Brace & Company, p. 298 e s.

gunda nos artigos VII a XIII e XVI a XX. Reconhece-se, com isto, que ambas essas dimensões da liberdade são complementares e interdependentes. A liberdade política, sem as liberdades individuais, não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. É o reconhecimento das liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal esconde a dominação oligárquica dos mais ricos.

O princípio da solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos artigos XXII a XXVI. Trata-se de exigências elementares de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados, a saber:

a) o direito à seguridade social (arts. XXII e XXV);

b) o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII, 1);

c) os principais direitos ligados ao contrato de trabalho, como a remuneração igual por trabalho igual (art. XXIII, 2), o salário mínimo (art. XXIII, 3); o repouso e o lazer, a limitação horária da jornada de trabalho, as férias remuneradas (art. XXIV);

d) a livre sindicalização dos trabalhadores (art. XXIII, 4);

e) o direito à educação: ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução técnico-profissional, a igualdade de acesso ao ensino superior (art. XXVI).

A Organização Internacional do Trabalho, em particular, tem desenvolvido por meio de várias convenções os direitos do trabalhador declarados no artigo XXIII.

Após enunciar, nos três primeiros artigos, os valores fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, e proclamar que todos os seres humanos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, a Declaração afirma a proibição absoluta da escravidão e do tráfico de escravos (art. IV).

Em aplicação ao disposto no artigo IV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, uma conferência de

plenipotenciários, convocada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, aprovou em 7 de setembro de 1956 uma Convenção Suplementar sobre a abolição da escravatura e de situações similares à escravidão, bem como do tráfico de escravos⁸.

De qualquer forma, teria sido mais lógico fazer preceder esse dispositivo da declaração de princípio consignada no artigo VI: "todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei". Este o princípio supremo em matéria de direitos humanos. Na verdade, os escravos não são os únicos seres humanos aos quais se denegam todos os direitos: o mesmo ocorreu com os apátridas durante a 2ª Guerra Mundial, como será lembrado mais abaixo.

Na introdução desta obra, foram lembradas as grandes etapas históricas de tomada de consciência do conceito de pessoa e da sua importância como fundamento de todo o universo ético. É em função desse princípio fundamental da preeminência do ser humano no mundo, como fonte de todos os valores, que se podem julgar as novas questões ético-jurídicas, suscitadas pelo incessante progresso técnico.

Assim é, por exemplo, com a descoberta do chamado "código genético" e o posterior mapeamento do genoma humano. Se o genoma humano constitui um patrimônio da humanidade, como afirma a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada pela UNESCO em 1997, daí resulta que ninguém pode reivindicar direitos de propriedade intelectual sobre seqüências do genoma humano, como se tem procurado fazer desde 1991, segundo o mais vulgar espírito capitalista.

Por outro lado, se cada um de nós possui uma individualidade genética, as práticas de clonagem humana para fins de

8. Essa Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 58.563, de 1º de junho de 1966. No mesmo ano, em 14 de julho (Decreto n. 58.822), foi promulgada a Convenção n. 105 da Organização internacional do Trabalho, concernente a abolição do trabalho forçado.

reprodução são claramente contrárias à dignidade humana (art. 11 da mesma Declaração). Pela mesma razão, o direito deve proteger a confidencialidade dos dados genéticos associados a um indivíduo identificável (mesma Declaração, art. 7º), pois o contrário representa inadmissível intromissão na profunda intimidade da pessoa humana.

Em suma, como se afirma na citada Declaração Universal sobre o Genoma Humano da UNESCO, "todo indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, quaisquer que sejam as suas características genéticas"; sendo certo que "essa dignidade impõe a não-redução dos indivíduos às suas características genéticas e comanda o respeito do caráter único de cada qual, bem como de sua diversidade" (art. 2º).

Com base nos dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que consagram as liberdades individuais clássicas e reconhecem os direitos políticos (art. XXI), as Nações Unidas adotaram, subsequentemente, três convenções internacionais. A primeira, em 20 de dezembro de 1952, destinada a regular os direitos políticos das mulheres, segundo o princípio básico da igualdade entre os sexos. A segunda, em 7 de novembro de 1962, sobre o consentimento para o casamento, a idade mínima para o casamento e o registro de casamentos⁹ (art. XVI da Declaração). A terceira, em 21 de dezembro de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial¹⁰.

A par desses direitos e liberdades tradicionais, a Declaração estende o sistema de proteção universal da pessoa humana a novos setores.

9. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 66.605, de 1970.

10. Esta última Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

A 2ª Guerra Mundial engendrou uma multidão de refugiados, em toda a Europa¹¹. Além disso, o Estado nazista aplicou, sistematicamente, a política de supressão da nacionalidade alemã a grupos minoritários, sobretudo a pessoas consideradas de origem judaica. Logo após a guerra, Hannah Arendt chamou a atenção para a novidade perversa desse abuso, mostrando como a privação de nacionalidade fazia das vítimas pessoas excluídas de toda proteção jurídica no mundo¹². Ao contrário do que se supunha no século XVIII, mostrou ela, os direitos humanos não são protegidos independentemente da nacionalidade ou cidadania. O asilado político deixa um quadro de proteção nacional para encontrar outro. Mas aquele que foi despojado de sua nacionalidade, sem ser opositor político, pode não encontrar nenhum Estado disposto a recebê-lo: ele simplesmente deixa de ser considerado uma pessoa humana. Numa fórmula tornada célebre, Hannah Arendt concluiu que a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.

Tendo em vista esse precedente, a Declaração, além de reconhecer o direito de asilo a todas as vítimas de perseguição (art. XIV), firma o direito de todos a ter uma nacionalidade (art. XV). As Nações Unidas ocuparam-se sucessivamente dessa questão, em três ocasiões. Em 28 de junho de 1951, em obediência à Resolução 429 (V) da Assembléia Geral, datada de 14 de dezembro de 1950, uma conferência de plenipotenciários sobre o status dos refugiados apátridas aprovou uma primeira Convenção sobre a matéria¹³. Em 28 de setembro de 1954, outra Convenção internacional, invocando a Declaração Universal de Direitos Humanos, regulou a situação dos apátridas não refugiados. Finalmente, em 30 de agosto de 1961, foi aprovada

11. Cf., *supra*, capítulo 12º.

12. *The Origins of Totalitarianism*, nova edição, cit., p. 290 e s.

13. O Brasil promulgou essa Convenção pelo Decreto n. 50.215, de 1961, cuja redação foi modificada pelo Decreto n. 98.602, de 1989.

uma terceira Convenção, tendo por objeto reduzir o número de apátridas.

Outro traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado.

É de se assinalar, finalmente, o reconhecimento, no artigo XXVIII, do primeiro e mais fundamental dos chamados direitos da humanidade, aquele que tem por objetivo a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana. É nisto que consiste hoje, em última análise, o direito à busca da felicidade, que a Declaração de Independência dos Estados Unidos considerou como inato em todo ser humano.

O Texto

PREÂMBULO

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 do mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de

liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem Comum;

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no Valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLÉIA GERAL PROCLAMA

a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III

Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo

cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família no seu lar ou na sua correspondência nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crime de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo XVII

1. Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Todo homem tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.

Artigo XXII

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à seguridade social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se

necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo XXV

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos, em função dos méritos respectivos.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos nacionais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Todo homem tem direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística, da qual seja autor.

Artigo XXVIII

Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX

1. Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

CAPÍTULO 14º

A CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO 1948

O genocídio no século XX, anteriormente à 2ª Guerra Mundial

A revelação, no encerramento da 2ª Guerra Mundial, do morticínio levado a efeito pelo Estado nazista de milhões de pessoas pertencentes à oposição política ou a minorias étnicas - sobretudo judeus, ou tidos como tais - provocou enorme impacto nas Nações Unidas, logo nos primeiros anos de sua existência. No entanto, o extermínio em massa de grupos humanos, praticado com objetivos políticos, já havia ocorrido pelo menos em duas ocasiões antes da ascensão ao poder de Hitler na Alemanha.

Em 27 de maio de 1915, como medida de guerra, o governo otomano decretou a deportação de toda a população armênia localizada na Anatólia Oriental, sob a acusação de ligações com as tropas russas inimigas que operavam no Cáucaso. Segundo as estimativas mais confiáveis, embora até hoje contestadas pelo Estado turco, a medida atingiu entre 2 e 3 milhões de pessoas, das quais apenas um terço sobreviveu; as demais foram massacradas ou morreram durante as operações de deportação. De acordo com o relato do almirante Canaris, do estado-maior das forças armadas nazistas, Hitler teria se referido a esse massacre numa reunião em Obersalzberg realizada em 22 de agosto de 1939, pouco mais de uma semana antes de invadir a Polônia, para justificar o plano então apresentado de exterminar toda a população de "raça" ou língua polonesa¹.

Em 1932-33, em execução da política de coletivização da agricultura soviética, Stalin ordenou o cerco militar de toda a zona agrícola ucraniana e das terras adjacentes, cultivadas pelos cossacos. Todos os estoques de alimentos foram requisitados à força, impedindo-se militarmente a entrada de novos suprimentos alimentares na região. Foi, talvez, a primeira vez na História em que um Estado provocou intencionalmente a fome de parcela considerável de seu próprio povo, com os objetivos políticos.

O genocídio como crime internacional

O estatuto do tribunal militar internacional de Nuremberg, que julgou os criminosos de guerra nazistas em 1945, definiu como crimes contra a humanidade, em seu art. 6, alínea c, os seguintes atos:

"o assassinio, o extermínio, a redução à condição de escravo, a deportação e todo ato desumano, cometido contra a população civil antes ou depois da guerra, bem como as perseguições por motivos políticos e religiosos, quando tais atos ou perseguições, constituindo ou não uma violação do direito interno do país em que foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de todo e qualquer crime sujeito à competência do tribunal, ou conexo com esse crime".

Essa definição foi depois reproduzida no estatuto do tribunal

militar de Tóquio, que julgou os criminosos de guerra japo-

1. Cf. Norman Davies, *Europe - A History*, Oxford University Press, 1996, p. 909.

neses. A Assembléia Geral das Nações Unidas, pelas Resoluções n. 3 e 95 (1), respectivamente de 3 de fevereiro e 11 de dezembro de 1946, confirmou "os princípios de direito internacional reconhecidos pelo estatuto do tribunal de Nuremberg e pelo acórdão desse tribunal". A punibilidade do crime contra a humanidade passou, assim, a ser oficialmente reconhecida como exigência do direito internacional.

Quando foi criado o tribunal de Nuremberg, ainda não estava em uso o termo genocídio, cunhado por um jurista polonês, Rafat Lemkin, em 1944, ao lançar nos Estados Unidos uma campanha de esclarecimento da opinião pública mundial sobre o massacre dos judeus poloneses. Mas a Assembléia Geral das Nações Unidas passou a utilizá-lo já em 1946, ao aprovar a sua Resolução n. 96 (1), datada de 11 de dezembro, assim redigida:

"O genocídio é a denegação do direito à existência de grupos humanos inteiros, assim como o homicídio é a denegação do direito à vida de indivíduos humanos. Essa denegação do direito à existência choca a consciência da humanidade, provoca grandes perdas humanas sob a forma de contribuições culturais ou de outra espécie, feitas por esses grupos humanos, contrariando a lei moral, bem como o espírito e os objetivos das Nações Unidas.

Vários casos de tais crimes de genocídio têm ocorrido, quando grupos raciais, religiosos, políticos ou de outra natureza são destruídos, no todo ou em parte.

A punição do crime de genocídio é uma questão de interesse internacional. A Assembléia Geral, em consequência,

Afirma que o genocídio é um crime segundo o direito internacional, o qual é condenado pelo mundo civilizado, e cujos autores principais ou cúmplices - sejam eles indivíduos privados, funcionários públicos ou agentes do Estado, quando o crime é cometido por razões religiosas, raciais, políticas ou de outra natureza - devem ser punidos.

Convida os Estados-Membros a promulgar as leis competentes para a prevenção e a punição de tais crimes;

Recomenda seja organizada a cooperação entre os Estados com o fito de facilitar a rápida prevenção e punição do crime de genocídio e, com esse objetivo,

Requer que o Conselho Econômico e Social envie os necessários estudos, a fim de elaborar um projeto de convenção sobre o crime de genocídio, a ser submetido à Assembléia Geral, em sua próxima sessão ordinária".

Como se vê, a criminalidade dos atos de genocídio, no entender das Nações Unidas, já não se liga necessariamente ao estado de guerra, tal como constava do estatuto do tribunal de Nuremberg. Ela tampouco está ligada a motivações determinadas, como acabou constando da Convenção de 1948.

Em 26 de novembro de 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas, pela sua Resolução n. 2.391 (XXIII), aprovou o texto de uma Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, declarando que estes últimos compreendem, além do genocídio, também os atos de *apartheid*, ainda que tais atos não sejam definidos como crimes pelas leis internas dos Estados onde foram perpetrados². A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 11 de novembro de

1970.

Em 17 de julho de 1998, a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma,

2. Vergonhosamente, o Brasil não assinou originariamente a Convenção, nem a ela aderiu.

adotou o estatuto de um Tribunal Penal Internacional, com competência para julgar os responsáveis pelo crime de genocídio e pelos crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão³. Fez-se, portanto, uma distinção entre o crime de genocídio e os crimes contra a humanidade.

Alcance da convenção

O projeto da Convenção de 1948, redigido pelo Conselho Econômico e Social, além da destruição física e biológica de grupos humanos, previra também uma modalidade de genocídio cultural, consistente na "destruição de instituições e formas de vida pelas quais um grupo humano se exprime". Mas a Assembléia Geral não adotou essa proposta, defendida pelos antropólogos. Na definição do art. II, o genocídio compreende atos de destruição física, de lesões corporais ou mentais graves, medidas destinadas a impedir nascimentos, bem como a transferência forçada de menores de um grupo humano para outro.

As vítimas são grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos (art. II, *caput*). Esses qualificativos restringem, indevidamente, a punibilidade dos atos de extermínio em massa. O século XX inaugurou a técnica dos massacres de populações civis por razões puramente políticas, sem qualquer vínculo com qualificações nacionais, étnicas, raciais ou religiosas das vítimas. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Indonésia em 1965 e no Camboja entre 1975 e 1977.

Ao assumir o poder na Indonésia em 1965, graças a um golpe de Estado, o General Suharto, sustentado pelos norte-americanos, patrocinou um verdadeiro banho de sangue: cerca de meio milhão de pessoas, tidas como membros ou simpatizantes do Partido Comunista Indonésio, foram exterminadas

3. Cf. *infra*, capítulo 23^o.

em poucoS meses. A sinistra façanha foi retomada em 1978 contra a população do Timor Oriental que buscava sua independência, com o saldo final de quase 200.000 mortos, muito embora aqui houvesse também a interferência de fatores culturais (a profissão de fé católica da maioria da população timorense).

No Camboja, a política de "ruralização" praticada pelo grupo armado comunista *Khmer Vermelho*, que tomou o poder no curso de uma guerra civil em 1975, provocou a morte de aproximadamente 1.200.000 pessoas, ou seja, um quinto da população total⁴.

No entanto, nenhum desses episódios enquadra-se, tipicamente, na definição de genocídio dada pela convenção. Foi sem dúvida para corrigir esse defeito que a Convenção de 17 de julho de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, distinguiu o genocídio dos crimes contra a humanidade *stricto sensu*, para incluir entre estes últimos o homicídio, "quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque" (art. 72, 1, a).

Uma novidade importante sob o aspecto penal, na Convenção de 1948, é a punição dos atos de "incitação direta e pública a cometer o

genocídio" (art. III, e). Os elaboradores da convenção tinham, sem dúvida, em mente os livros ou panfletos nazistas, lançados após a 1ª Guerra Mundial. A idéia foi aproveitada posteriormente, ao se redigir a convenção internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, aprovada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 (art. 4).

Para a Convenção de 1948, o genocídio é um crime autônomo, não ligado necessariamente a uma situação de guerra, externa ou civil (art. 1).

4. Cf. Paul Johnson, *Modern Times - The World from the Twenties to the Nineties*, edição revista, Harper Perennial, 1991, p. 657.

Sujeito ativo do crime tanto pode ser um governante quanto um funcionário público ou um particular (art. IV). Tais pessoas são julgadas pelos tribunais competentes, indicados no artigo VI.

Em sua decisão de 8 de abril de 1993, sobre medidas provisórias a serem tomadas no conflito entre a Sérvia e o Montenegro, a respeito da aplicação da convenção, a Corte Internacional de Justiça julgou que, pelo teor do artigo 12, todas as partes contratantes assumiram a obrigação de "prevenir e punir o crime de genocídio". Mas, pelo disposto no artigo IX da convenção, os Estados responsáveis somente se submetem à jurisdição da Corte quando isso for requerido por "uma das Partes na controvérsia", isto é, quando os atos de genocídio tiverem engendrado uma disputa internacional entre dois ou mais Estados. As ulteriores convenções de direitos humanos - a europeia de 1950 e a americana de 1969 - previram a criação de instâncias adequadas para julgar os Estados-Membros, mesmo na ausência de uma controvérsia entre Estados, gerada pela violação de direitos humanos. Foi essa orientação que acabou prevalecendo com a aprovação, em julho de 1998, do estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A fraqueza da convenção de 1948 reside, justamente, no fato de ela haver atribuído competência para o julgamento dos atos de genocídio aos tribunais do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou ao tribunal internacional cuja jurisdição tenha sido reconhecida pelas Partes Contratantes (art. VI). Ora, o genocídio é tipicamente um crime coletivo, praticado sob a égide de governos ou Estados criminosos. Os tribunais do Estado em que esse crime é perpetrado não são livres para julgá-lo enquanto não houver uma mudança, geralmente violenta, de governo ou de Estado. Por outro lado, as Partes Contratantes nunca reconheceram um tribunal internacional competente para o processo e julgamento dos atos de genocídio. É bem verdade que o artigo VIII da convenção faculta a qualquer Parte Contratante pedir aos órgãos competentes das Nações Unidas que tomem as medidas julgadas necessárias para prevenir ou reprimir os atos de genocídio. Mas nem todos os Estados-Membros das Nações Unidas são partes na convenção, e os que o são nem sempre recorrem aos órgãos competentes da ONU para fazer cessar os atos de genocídio cometidos em outros países.

Foi o que ocorreu com as execuções em massa e o deslocamento forçado de centenas de milhares de pessoas, durante as guerras entre os povos que compunham a antiga Iugoslávia. O Conselho de Segurança das Nações Unidas só pôde instituir, em 22 de fevereiro de 1993, um tribunal internacional para julgar os responsáveis pelos atos de "limpeza étnica" na Bósnia-Herzegovina, alegando "sérias violações do direito internacional humanitário", ou seja, crimes de guerra, segundo o estatuído na convenção de Genebra de 1949. Mas esse expediente não pôde ser utilizado em 1999, quando o governo sérvio organizou a expulsão de

um milhão e meio de pessoas, ou seja, 90% da população de origem albanesa da província de Kosovo. Já quanto aos massacres de Ruanda, como o novo governo do País pediu a intervenção das Nações Unidas, o Conselho de Segurança criou um tribunal internacional para julgar os responsáveis pela chacina de cerca de um milhão de pessoas. entendendo que se tratava de atos de genocídio, além de configurar várias violações do direito internacional humanitário (Resolução de 8 de novembro de 1994).

A convenção de 1948 foi composta segundo uma técnica tradicional, mas inapropriada para a regulação de direitos humanos. Assim é que o artigo XIV estabelece um prazo de vigência determinado, renovável por períodos sucessivos, e permite que as partes contratantes denunciem o tratado. O artigo XV admite mesmo que a convenção possa deixar de vigorar em razão do número de denúncias recebidas.

Ora, em matéria de direitos humanos, vigora no direito internacional o mesmo princípio de irrevogabilidade existente no direito interno, dado que, pela sua própria natureza, a vigência de tais direitos independe de declarações ou reconhecimentos estatais. No caso específico do genocídio, de resto, a própria Assembléia Geral das Nações Unidas, ao confirmar por duas vezes em 1946 "os princípios do direito internacional reconhecidos pelo estatuto do tribunal de Nuremberg e pelo acórdão desse tribunal", como mencionado acima, reconheceu que a punibilidade do crime de genocídio já fazia parte do costume internacional vinculante, ou seja, que se tratava, segundo a fórmula técnica consagrada, de um *ius cogens*. Por conseguinte, a denúncia da Convenção de 1948 não significa, como é óbvio, que o Estado denunciante fique, a partir daí, livre de praticar o genocídio, ou de considerar que esse crime não empenha a responsabilidade de seus cidadãos.

O Texto5

AS PARTES CONTRATANTES,

Considerando que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em sua Resolução n. 96 (1), de 11 .12.1946, declarou que o genocídio é um crime contra o direito internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena;

Reconhecendo que em todos os períodos da História o genocídio causou grandes perdas à Humanidade;

Convencidos de que, para libertar a Humanidade de flagelo tão odioso, cooperação internacional é necessária;

Convêm no seguinte:

Artigo I

As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o direito internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir6.

5. A convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2. de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.

6. O Brasil promulgou em 1º de outubro de 1956 a Lei n. 2.889, que "define e pune o crime de genocídio".

Artigo II

Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- a) assassinio de membros do grupo;
- b) dano grave à integridade física ou mental do grupo;
- c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- d) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Artigo III

Serão punidos os seguintes atos:

- a) o genocídio;
- b) o conluio para cometer o genocídio;
- c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- d) a tentativa de genocídio;
- e) a cumplicidade no genocídio.

Artigo IV

As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares.

Artigo V

As Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III.

Artigo VI

As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

Artigo VII

O genocídio e os outros atos enumerados no art. III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

As Partes Contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor.

Artigo VIII

Qualquer Parte Contratante pode recorrer aos órgãos competentes das Nações Unidas, a fim de que estes tomem, de acordo com a Carta das Nações Unidas, as medidas que julguem necessárias para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III.

Artigo IX

As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de quaisquer outros atos enumerados no art. III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

Artigo X

A presente Convenção, cujos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo serão igualmente autênticos, terá a data de 9 de dezembro de 1948.

Artigo XI

A presente Convenção ficará aberta, até 31 de dezembro de 1949, à assinatura de todos os membros das Nações Unidas e de todo Estado não membro ao qual a Assembléia Geral houver enviado um convite para esse fim.

A presente Convenção será ratificada e dos instrumentos de ratificação far-se-á depósito no Secretariado das Nações Unidas.

A partir de 1º de janeiro de 1950, qualquer membro das Nações Unidas e qualquer Estado não membro que houver recebido o convite acima mencionado poderá aderir à presente Convenção.

Os instrumentos de adesão serão depositados no Secretariado das Nações Unidas.

Artigo XII

Qualquer Parte Contratante poderá, a qualquer tempo, por notificação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, estender a aplicação da presente Convenção a todos os territórios ou a qualquer dos territórios de cujas relações exteriores seja responsável.

Artigo XIII

Na data em que os vinte primeiros instrumentos de ratificação ou adesão tiverem sido depositados, o Secretário-Geral lavrará uma ata e transmitirá cópia da mesma a todos os membros das Nações Unidas e aos Estados não membros a que se refere o art. XI.

A presente Convenção entrará em vigor noventa dias após a data do depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

Qualquer ratificação ou adesão efetuada posteriormente à última data entrará em vigor noventa dias após o depósito do instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XIV

A presente Convenção vigorará por dez anos a partir da data de sua entrada em vigor.

Ficará, posteriormente em vigor por um período de cinco anos e assim sucessivamente com relação às Partes Contratantes que a tiverem denunciado pelo menos seis meses antes do termo do prazo.

A denúncia será feita por notificação escrita dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo XV

Se, em consequência de denúncias, o número das Partes na presente Convenção se reduzir a menos de dezesseis, a Convenção cessará de vigorar a partir da data na qual a última dessas denúncias entrar em vigor.

Artigo XVI

A qualquer tempo, qualquer parte contratante poderá formular pedido de revisão da presente Convenção, por meio de notificação escrita dirigida ao Secretário-Geral.

A Assembléia Geral decidirá com relação às medidas que se devam tomar, se for o caso, com relação a esse pedido.

Artigo XVII

O Secretário-Geral das Nações Unidas notificará todos os membros das Nações Unidas e os Estados não membros mencionados no art. XI:

- a) das assinaturas, ratificações e adesões recebidas de acordo com o art. XI;
- b) das notificações recebidas de acordo com o art. XII;
- c) da data em que a presente Convenção entrar em vigor de acordo com o art. XIII;
- d) das denúncias recebidas de acordo com o art. XIV;
- e) da ab-rogação da Convenção, de acordo com o art. XV;
- f) das notificações recebidas de acordo com o art. XVI.

Artigo XVIII

O original da presente Convenção será depositado nos arquivos da Organização das Nações Unidas.

Enviar-se-á cópia autenticada a todos os membros das Nações Unidas e aos Estados não membros mencionados no art. XI.

Artigo XIX

A presente Convenção será registrada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas na data de sua entrada em vigor.

CAPÍTULO 15º

AS CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 1949, SOBRE A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE CONFLITOS BÉLICOS

O "direito de Genebra", um dos ramos do direito internacional humanitário¹, acha-se hoje compendiado em quatro convenções internacionais, assinadas naquela cidade em 12 de agosto de 1949². A primeira das quatro convenções de 1949 refere-se à proteção dos enfermos e dos feridos em guerras terrestres; a segunda, à proteção de feridos, enfermos e náufragos nas guerras navais; a terceira diz respeito ao tratamento dos prisioneiros de guerra, em substituição à de 1929³; finalmente a quarta, à proteção da população civil, vítima de conflitos bélicos.

Essas quatro convenções internacionais incorporaram ao direito humanitário as lições da trágica experiência dos conflitos armados ocorridos na Ásia, na África e na Europa, ao longo dos anos 30 e durante a 2ª Guerra Mundial, com o envolvimento cada vez maior das populações civis, seja nos combates, como forças de resistência ao invasor, seja como vítimas indefesas por ocasião dos bombardeios dos centros urbanos.

Com o desenvolvimento da guerra eletrônica, que dispensa o confronto face-a-face das forças armadas dos países beligerantes e permite em tese o lançamento a grande distância de

1. Cf. capítulo 11º desta obra. Sobre a legitimidade de uma regulação jurídica da guerra, cf. o que se disse no capítulo 7º.
2. Publicadas no Brasil pelo Decreto n. 51.691, de 1963.
3. Cf., *supra*, capítulo 12º.

mísseis balísticos contra alvos estratégicos, imaginou-se, de um lado, que a questão dos prisioneiros de guerra teria sido definitivamente superada e que, de outro lado, a população civil já não sofreria as conseqüências dos bombardeios maciços das guerras passadas.

Puro engano. Durante as seis semanas da Guerra do Golfo, no início de 1991, as forças americano-européias aprisionaram nada menos do que 65.000 iraquianos. Ademais, a imposição de um bloqueio econômico ao Iraque sem limitação de tempo provocou a fome e o alastramento de doenças em toda a

população civil. Durante o conflito entre sérvios e bósnios, desencadeado no ano seguinte, os bombardeios a grande altitude e a utilização indiscriminada de bombas de fragmentação, pelas forças da Organização do Tratado do Atlântico Norte - OTAN, vitimaram uma parcela considerável da população civil. Neste último conflito, aliás, a propaganda ideológica das potências ocidentais chegou a falar em "guerra humanitária", como se a devastação da economia de um país, ou de toda uma região, pudesse obedecer a alguma forma de humanismo.

Seja como for, a proliferação das guerras, internas ou internacionais, a partir dos anos 60 do século XX, tornou indispensável e urgente alargar o âmbito de proteção às vítimas civis. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha convocou em 1974, com esse objetivo, uma conferência diplomática que produziu, somente em 8 de junho de 1977, dois Protocolos adicionais às Convenções de 1949, o primeiro relativo aos conflitos internacionais e o segundo aos conflitos internos (situações de guerra civil).

Ora, os protocolos de 1977 - os quais, diga-se de passagem, não foram assinados pelos Estados Unidos - não corrigiram uma grave insuficiência da 4ª Convenção, relativa à proteção de civis em tempo de guerra. Com efeito, pelo estipulado seu art. 42, abaixo parcialmente transcrito, as vítimas civis de guerras, as quais sejam nacionais de um Estado que não é Parte na Convenção, não são por ela protegidos. Ou seja, não são pessoas humanas *_tout _court_*. É mais um exemplo de como o direito humanitário positivo, fundado em bases convencionais e não estatutárias, pode contrariar frontalmente a dignidade humana, cuja proteção, afinal, é toda a sua razão de ser. Os direitos humanos não existem, no plano internacional, apenas e tão-somente quando os Estados resolvem reconhecê-los por meio de tratados ou convenções. Pela sua própria natureza, nunca é demais repetir, trata-se de direitos inerentes à própria condição humana, e que, por isso mesmo, não dependentes do assentimento estatal para serem exigidos. "Todos os homens", proclama o art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, "nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Não são os Estados que lhes conferem esses atributos.

Deve-se assinalar que o conjunto de acordos internacionais que forma o "direito de Genebra" constitui a parte do direito internacional que conta com o maior número de Estados participantes, o que não significa, infelizmente, que ela seja, *_ipso _facto_*, a parte mais respeitada do direito das gentes. Em assuntos bélicos, é praticamente impossível evitar a irrupção do pretense "direito do mais forte". De onde a necessidade urgente de se democratizar a Organização das Nações Unidas, notadamente no nível do Conselho de Segurança, e de se criar um corpo militar permanente da Organização, com independência em relação às grandes potências.

Um recente exemplo do desrespeito que as grandes potências mundiais votam às Convenções de Genebra foi dado pelos Estados Unidos, com a invasão do Afeganistão, após os atentados de 11 de setembro de 2001. Aos prisioneiros de guerra, em mãos dos norte-americanos, foi negado todo direito a um tratamento decente: encarcerados em celas de metal, eles foram acorrentados e obrigados a usar capuzes, máscaras cirúrgicas e tampões nos ouvidos, durante as 24 horas do dia. Questionado a respeito, o Secretário de Defesa dos Estados Unidos respondeu que se tratava de "combatentes ilegais" (*_unlawftd _combatants_*), categoria obviamente ausente das Convenções de Genebra.

Durante a conferência havida entre os chefes militares atenienses e os dirigentes da ilha de Melos, em meio à Guerra do Peloponeso, Tucídides relata que os atenienses, prestes a invadir a

ilha, teriam observado aos seus adversários, com toda a frieza: "Vocês sabem, tanto quanto nós, que no mundo dos homens os argumentos jurídicos são respeitados unicamente quando os adversários em presença dispõem de meios de coação equivalentes; quando isso não ocorre, os mais fortes sempre se aproveitam ao máximo de sua potência, enquanto os mais fracos são constrangidos a se inclinar"⁴.

Excertos da Convenção (1) de Genebra de 12 de agosto de 1949, sobre a melhoria da condição dos feridos e doentes nas forças armadas em campanha

[...]

Artigo 12

Os membros das forças armadas e as outras pessoas mencionadas no artigo seguinte, os quais se encontrem feridos ou doentes, devem ser respeitados e protegidos em qualquer circunstância.

Eles serão tratados e cuidados com humanidade pela Parte do conflito em cujo poder se encontrarem, sem distinção de espécie alguma de caráter desfavorável, fundada no sexo, na raça, na nacionalidade, na religião, nas opiniões políticas ou qualquer outro critério análogo. É estritamente proibido atentar contra a sua vida e a sua pessoa, bem como, entre outros atos, acabar de matá-los ou exterminá-los, submetê-los à tortura ou a experiências biológicas, de deixá-los premeditadamente sem socorro médico, ou sem cuidados, ou de expô-los ao risco de contágio ou de infecção, criado com esse objetivo.

4. _A_Guerra_do_Peloponeso, Livro V, 89.

Uma prioridade em matéria de cuidados somente será autorizada por razões de urgência médica.

As mulheres serão tratadas com o respeito particular devido ao seu sexo.

A Parte no conflito, obrigada a abandonar os feridos ou os doentes ao adversário, deixará com eles, na medida em que as exigências militares o permitam, uma parte do seu pessoal e do seu material sanitário, para colaborar no seu tratamento.

Artigo 13

A presente Convenção aplica-se aos feridos e doentes, incluídos nas categorias seguintes:

1) os membros das forças armadas de uma Parte no conflito, assim como os membros das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte dessas forças armadas;

2) os membros de outras milícias e os membros de outros corpos de voluntários, inclusive os de movimentos de resistência organizados, que pertençam a uma Parte no conflito e atuem dentro ou fora de seu próprio território, ainda que esse território esteja ocupado, contanto que tais milícias e corpos de voluntários, inclusive os movimentos de resistência organizados, preencham as seguintes condições:

a) tenham como chefe uma pessoa responsável por seus subordinados;

b) tenham um sinal distintivo fixo e reconhecível à distância;

c) sejam claramente portadores de armas;

d) respeitem, em suas operações, as leis e costumes da guerra;

3) os membros das forças armadas regulares, que obedeçam a um governo ou a uma autoridade, não reconhecidos pela Potência detentora;

4) as pessoas que sigam as forças armadas sem que delas façam

parte, tal como os membros civis da tripulação de aviões militares, os correspondentes de guerra, os fornecedores, os membros de unidades de trabalho ou de serviços encarregados do bem-estar dos militares, contanto que tenham recebido a autorização das forças armadas que acompanham;

5) os membros da tripulação, inclusive os comandantes, pilotos e aprendizes, da marinha mercante e as tripulações da aviação civil das Partes no conflito, os quais não gozem de um tratamento mais favorável em virtude de outras disposições do direito internacional;

6) a população de um território não ocupado que, diante da aproximação do inimigo, tome espontaneamente as armas para combater as tropas de invasão, sem ter tido o tempo de integrar as forças armadas regulares, se essa população usa abertamente de armas e respeita as leis e costumes de guerra.

[...]

Artigo 46

São proibidas as medidas de represália contra os feridos, os doentes, o pessoal, os prédios ou o material, protegidos pela Convenção.

Artigo 49

As Altas Partes contratantes obrigam-se a tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais adequadas, a serem aplicadas às pessoas que praticaram, ou deram ordem de praticar, qualquer das infrações graves à presente Convenção, definidas no artigo seguinte.

Cada Parte contratante terá a obrigação de prender as pessoas suspeitas de haver praticado, ou de ter ordenado que fossem praticadas, quaisquer infrações graves, e ela deverá submetê-los ao julgamento de seus próprios tribunais, qualquer que seja a sua nacionalidade. Ela poderá, também, se o preferir, e de acordo com as condições previstas em sua legislação, submetê-las ao julgamento dos tribunais de uma outra Parte contratante interessada, na medida em que esta outra Parte contratante tenha razões bastantes para processar ditas pessoas.

Cada Parte contratante tomará as medidas necessárias para fazer cessar os atos contrários às disposições da presente Convenção, além das infrações graves definidas no artigo seguinte.

Em qualquer circunstância, os acusados gozarão das garantias processuais e de ampla defesa, não inferiores àquelas previstas nos artigos 105 e seguintes da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

Artigo 50

As infrações graves, mencionadas no artigo precedente, são as que comportam qualquer dos atos seguintes, desde que cometidos contra as pessoas e os bens protegidos pela Convenção: o homicídio doloso, a tortura ou os tratamentos desumanos, inclusive as experiências biológicas, O fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos ou de atentar contra a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala de modo ilícito e arbitrário.

Artigo 51

Nenhuma Parte contratante poderá eximir-se nem eximir uma outra Parte contratante das responsabilidades incorridas por ela ou por uma outra Parte contratante, em razão das infrações previstas no artigo precedente.

Artigo 52

A requerimento de uma Parte no conflito, um inquérito deverá ser aberto, segundo o procedimento a ser fixado pelas Partes interessadas, sobre uma alegada violação da Convenção.

Deixando de haver acordo sobre o procedimento do inquérito, as Partes escolherão um árbitro, que decidirá sobre o procedimento a seguir.

Uma vez verificada a violação, as Partes no conflito farão cessá-la e reprimirão os responsáveis o mais rapidamente possível.

[...]

Excertos da Convenção (III) de Genebra de 12 de agosto de 1949, sobre o tratamento dos prisioneiros de guerra

[...]

Artigo 12

Os prisioneiros de guerra acham-se em poder da Potência inimiga, não dos indivíduos ou corpos de tropa que os tenham feito prisioneiros. Independentemente das responsabilidades individuais que possam existir, a Potência detentora é responsável pelo tratamento que lhes é aplicado.

Os prisioneiros de guerra só podem ser transferidos pela Potência detentora a uma Potência parte da Convenção e quando a Potência detentora assegurou-se de que a Potência em questão deseja aplicar a Convenção e está em condições de fazê-lo. Quando prisioneiros são assim transferidos, a responsabilidade pela aplicação da Convenção incumbirá à Potência que aceitou acolhê-los, durante todo tempo em que eles lhe são confiados.

Entretanto, caso essa Potência vier a descumprir suas obrigações de executar as disposições da Convenção a respeito de qualquer ponto importante, a Potência que transferiu os prisioneiros de guerra deve, após uma notificação da Potência protetora, tomar as medidas eficazes para remediar a situação, ou pedir que lhe sejam reenviados os prisioneiros de guerra. Esse pedido deve ser acolhido.

Artigo 13

Os prisioneiros de guerra devem ser tratados o tempo todo com humanidade. Qualquer ato ou omissão ilícita da Potência detentora, suscetível de provocar a morte ou pôr em perigo grave a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder é proibido e será considerado como uma infração grave à presente Convenção. Nenhum prisioneiro de guerra, sobretudo, poderá ser submetido à mutilação física ou a uma experiência médica ou científica de qualquer natureza, não justificada pelo tratamento médico do prisioneiro em questão e sem interesse para ele.

Os prisioneiros de guerra devem, outrossim, ser protegidos a todo tempo, de modo especial, contra todo ato de violência ou intimidação, bem como contra os insultos e a curiosidade pública.

São proibidas as medidas de represália contra eles.

Artigo 14

Os prisioneiros de guerra têm direito, em qualquer circunstância, ao respeito de sua pessoa e sua honra.

As mulheres devem ser tratadas com os cuidados devidos ao seu sexo e gozam, em qualquer caso, de um tratamento tão favorável quanto aquele dispensado aos homens.

Os prisioneiros de guerra conservam sua plena capacidade civil,

tal como existia no momento em que foram capturados. A Potência detentora não poderá limitar o exercício da capacidade civil, seja em seu território, seja fora dele, senão na medida em que o cativo o exigir.

Artigo 15

A Potência detentora dos prisioneiros de guerra é obrigada a providenciar a sua manutenção e a dispensar-lhes os cuidados médicos necessitados pelo seu estado de saúde.

Artigo 16

Tendo em vista as disposições da presente Convenção, relativas à patente militar e ao sexo, e sem prejuízo do tratamento privilegiado a ser concedido aos prisioneiros de guerra em razão de seu estado de saúde, de sua idade ou de suas aptidões profissionais, os prisioneiros devem ser todos tratados de modo igual pela Potência detentora, sem distinção alguma de caráter desfavorável, de raça, de nacionalidade, de religião, de opiniões políticas ou outra qualquer, fundada em critérios análogos.

Excertos da Convenção (IV) de Genebra de 1949, sobre a proteção da população civil em tempo de guerra⁵

PREÂMBULO

Os signatários, Plenipotenciários dos Governos representados na Conferência Diplomática reunida em Genebra de 21 de abril a 12 de agosto de 1949, com o objetivo de concluir uma Convenção para a Proteção das Pessoas Civas em Tempo de Guerra, convencionaram o seguinte:

PARTE 1

Disposições Gerais

Artigo 1º

As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar e fazer respeitar a presente Convenção em quaisquer circunstâncias.

Artigo 2º

Além das disposições a serem implementadas em tempo de paz, a presente Convenção aplicar-se-á a todos os casos de guerra declarada, OU de qualquer conflito armado, os quais possam irromper entre duas ou mais Altas Partes Contratantes, mesmo se o estado de guerra não for reconhecido por alguma delas.

A Convenção aplicar-se-á também a todos os casos de ocupação parcial ou total do território de uma Alta Parte Contratante, mesmo se essa ocupação não suscita resistência armada.

Embora uma das Potências em conflito possa não ser parte da presente Convenção, as Potências que o são permanecem vinculadas por ela em suas relações mútuas.

Artigo 3º

Em caso de conflito armado de caráter não internacional, ocorrido no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada Parte em conflito fica obrigada a aplicar, no mínimo, as seguintes disposições:

1 - As pessoas que não tomem parte ativa nas hostilidades, inclusive membros das forças armadas que depuserem suas armas, bem como

5. Tradução do original inglês pelo autor.

os que foram postos fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou qualquer outra causa, devem ser tratados, em qualquer circunstância, humanitariamente, sem qualquer distinção negativa fundada em raça, cor, religião ou fé, sexo, nascimento ou riqueza, ou qualquer outro critério similar.

Com essa finalidade, os seguintes atos são e devem permanecer proibidos, em qualquer tempo e lugar, com relação às pessoas acima mencionadas:

- a) atos de violência contra a vida ou a pessoa, em particular homicídio de qualquer espécie, mutilação, tratamento cruel e tortura;
- b) a tomada de reféns;
- c) ultraje à dignidade pessoal, em particular o tratamento humilhante e degradante;
- d) condenações ou execuções de sentença sem prévio processo perante tribunais regularmente constituídos, comportando todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2 - Os feridos e doentes devem ser recolhidos e tratados.

Uma entidade humanitária imparcial, tal como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pode oferecer seus serviços às Partes em conflito.

As Partes em conflito devem, ademais, esforçar-se para pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas as outras disposições da presente Convenção, ou parte delas.

O cumprimento das disposições precedentes não afetará o status legal das Partes em conflito.

Artigo 4º

As pessoas protegidas pela Convenção são as que, em dado momento e de qualquer maneira, encontram-se, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte no conflito, ou Potência ocupante, da qual eles não são nacionais.

Nacionais de um Estado que não esteja ligado pela Convenção não são por ela protegidos. Nacionais de um Estado neutro, os quais se encontram no território de um Estado beligerante, e nacionais de um Estado cobeligerante não são considerados como protegidos, enquanto o Estado do qual sejam nacionais mantém representação diplomática normal no Estado em cujo poder eles se encontram. [...]

Artigo 5º

Quando, no território de uma Parte em conflito, ela está convencida de que um indivíduo protegido é certamente suspeito de atividade hostil à segurança da Potência Ocupante, tal pessoa deve, nos casos em que a segurança militar absoluta assim o exige, ser tida como tendo violado os direitos de comunicação, previstos na presente Convenção.

Em tal caso, tais pessoas devem, contudo, ser tratadas com humanidade e, em sendo processadas, não devem ser privadas do direito a um processo justo e regular, conforme prescrito na presente Convenção. Deve-se-lhes, ademais, garantir plenamente os direitos e privilégios de uma pessoa protegida, na conformidade da presente Convenção, em data o mais cedo possível compatível com a segurança do Estado ou Potência Ocupante, conforme o caso. Excerto do Protocolo 1 às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais

[...]

Artigo 51 - Proteção da população civil

1 . A população civil e as pessoas civis gozam de uma proteção geral contra os perigos resultantes de operações militares. A fim de tornar esta proteção efetiva, as seguintes regras, sem prejuízo de outras regras do direito internacional aplicável, devem ser observadas em qualquer circunstância.

2. Nem a população civil enquanto tal nem as pessoas civis devem ser alvo de ataques. São proibidos os atos ou ameaças de violência, cujo objetivo principal consiste em difundir o terror entre a população civil.

3. As pessoas civis gozam da proteção concedida pela primeira Seção, salvo se elas participam diretamente das hostilidades e durante toda a sua participação.

4. Os ataques indiscriminados são proibidos. A expressão "ataques indiscriminados" significa:

a) os ataques que não são dirigidos contra um objetivo militar determinado;

b) os ataques nos quais são utilizados métodos ou meios de combate que não podem ser dirigidos contra um objetivo militar determinador; ou

c) os ataques nos quais são utilizados métodos ou meios de combate cujos efeitos não podem ser limitados, como prescrito neste Protocolo;

e que são, em conseqüência, em cada um desses casos, aptos a atingir indistintamente objetivos militares e pessoas civis, ou bens de natureza civil.

5. Serão, entre outros, considerados como efetuados sem discriminação os seguintes tipos de ataques:

a) os bombardeios, quaisquer que sejam os métodos ou meios utilizados, que tratam como objetivo militar único um certo número de objetivos militares nitidamente espaçados e distintos, situados numa cidade, um vilarejo, ou qualquer outra zona que contenha uma aglomeração análoga de pessoas civis ou bens de natureza civil;

b) os ataques, dos quais pode-se esperar que causem, incidentalmente, perdas em vidas humanas na população civil, ferimentos às pessoas civis, danos aos bens de natureza civil, ou uma combinação dessas perdas e danos, que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta que deles se espera.

6. São proibidos os ataques dirigidos a título de represálias contra a população civil ou pessoas civis.

7. A presença ou os movimentos da população civil ou de pessoas civis não devem ser utilizados para pôr certos pontos ou certas zonas ao abrigo de operações militares, notadamente para tentar pôr objetivos militares ao abrigo de ataques, ou para dar cobertura, favorecer ou (...)

[...]

Artigo 57 - Precauções no ataque

1 . As operações militares devem ser conduzidas de forma a zelar-se, constantemente, em poupar a população civil, as pessoas civis e os bens de natureza civil.

2. No tocante aos ataques, as precauções seguintes devem ser tomadas:

a) os que preparam ou decidem um ataque devem;

I. fazer tudo que for praticamente possível para verificar que os objetivos a atacar não são nem pessoas civis, nem bens de natureza civil, e não beneficiam de uma proteção especial, mas que são objetivos militares no sentido do parágrafo 2 do artigo 52, e que as disposições

do presente Protocolo não proibem sejam eles atacados;

II. tomar todas as precauções praticamente possíveis quanto à escolha dos meios ou métodos de ataque, a fim de evitar e, em qualquer circunstância, reduzir ao mínimo as perdas em vidas humanas na população civil, os ferimentos às pessoas civis e os danos aos bens de natureza civil que poderiam ser causados incidentalmente;

III. abster-se de lançar um ataque, do qual pode-se esperar que cause, incidentalmente, perdas em vidas humanas na população civil, ferimentos em pessoas civis, danos a bens de natureza civil, ou uma combinação dessas perdas e danos, que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada;

b) um ataque deve ser anulado ou interrompido, quando se verifica que seu objetivo não é militar, ou que ele goza de uma proteção especial, ou que se pode esperar que cause incidentalmente perdas em vidas humanas na população civil, ferimentos em pessoas civis, danos em bens de natureza civil, ou uma combinação dessas perdas e danos, que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada;

c) no caso de ataques que possam atingir a população civil, um aviso deve ser dado em tempo hábil e pelos meios eficazes, a não ser que as circunstâncias não o permitam.

3. Quando for possível a escolha entre vários objetivos militares para se obter uma vantagem militar equivalente, a escolha deve recair sobre o objetivo do qual pode-se pensar que o ataque apresente o menor perigo possível para as pessoas civis, ou para os bens de natureza civil.

4. Na conduta das operações militares no mar ou nos ares, cada Parte no conflito deve tomar, de acordo com os direitos e deveres que decorrem para ela das regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados, todas as precauções razoáveis para evitar as perdas em vidas humanas na população civil e danos aos bens de natureza civil.

5. Nenhuma disposição do presente artigo pode ser interpretada como dando autorização para ataques contra a população civil, as pessoas civis ou bens de natureza civil.

CAPÍTULO 16º

A CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS HUMANOS 1950

Celebrada em Roma em 4 de janeiro de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi elaborada no seio do Conselho da Europa, organização representativa dos Estados da Europa Ocidental, criada em 5 de maio de 1949 para promover a unidade européia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social.

O alcance da convenção limita-se aos direitos individuais clássicos e representa, sob esse aspecto, um recuo em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, invocada em seu preâmbulo. Um Protocolo Adicional, datado de 20 de março de 1952, acrescentou à Convenção uma declaração sobre a proteção da propriedade, o direito à instrução e o direito a eleições livres. Nenhum desses direitos, no entanto, representou inovação alguma, relativamente ao que já se continha, por exemplo, na Constituição de Weimar, de 1919 1. A declaração sobre a propriedade, aliás, constituiu nítido recuo, pois se ateve apenas à proteção do direito individual, deixando de lado o dever de todo proprietário de dar a seus bens próprios uma destinação social.

Em 18 de outubro de 1961, porém, foi celebrada em Turim uma

Carta Social Européia, que declarou os direitos econômi-

1. Cf. capítulo 9º *supra*.

cos, sociais e culturais não constantes da Convenção de 1950. Esse tratado entrou em vigor em 1965. Em 5 de maio de 1988, a Carta Social Européia foi completada por um protocolo adicional, que entrou em vigor em 4 de setembro de 1992 em oito Estados. O protocolo adicional enuncia quatro novos direitos: o direito à igualdade de possibilidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, o direito dos trabalhadores à informação e à consulta no seio das empresas, o direito dos trabalhadores de participarem da determinação e da melhoria das condições de trabalho e do ambiente de trabalho, bem como o direito das pessoas idosas a uma proteção social. Em 1996, a Carta Social Européia Revista consagrou certo número de direitos novos em matéria social, como o direito à dignidade no trabalho, o direito à proteção contra a pobreza e a exclusão social e o direito à moradia.

Deve-se ressaltar que os artigos 5º, 6º e 7º da Convenção Européia de 1950 ampliaram sobremaneira as medidas tradicionais de proteção da liberdade e da segurança pessoal. As condições de legalidade de uma detenção ou prisão são claramente especificadas (art. 5º), e os direitos de todo acusado em processos criminais, ampliados em relação aos textos normativos clássicos (art. 6º). No art. 7º, segunda alínea, sob evidente influência do julgamento do tribunal militar internacional de Nuremberg, cuja correspondência com os princípios do direito internacional fora proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, alarga-se a compreensão do princípio *nullum crimen sine lege*, dispondo-se que, apesar da ausência de lei nacional ou de tratado internacional que defina certas condutas como criminosas, qualquer pessoa pode ser processada e julgada em razão de atos ou omissões cuja criminalidade seja reconhecida pelos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Mas a grande contribuição da Convenção Européia para a proteção da pessoa humana foi, de um lado, a instituição de órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados e julgar as suas eventuais violações pelos Estados signatários; de outro, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, no que tange à proteção dos direitos humanos.

A existência de órgãos externos, incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado, é uma questão crucial para o progresso do sistema internacional de proteção da pessoa humana. Os Estados continuam a defender zelosamente sua soberania e a rejeitar toda e qualquer interferência externa em assuntos que consideram de sua exclusiva jurisdição. A própria Carta das Nações Unidas, de resto, declara a não-ingêrência em assuntos internos de cada Estado como um dos seus princípios fundamentais (art. 2º, alínea 7).

Os redatores da Convenção tiveram a sabedoria de criar um órgão intermediário entre o queixoso e o tribunal - a Comissão de Direitos Humanos -, encarregada de fazer a triagem das denúncias formuladas, de investigar os fatos e manifestar sua opinião fundada sobre a ocorrência ou não de violações de direitos. Qualquer dos Estados-Partes na Convenção podia formular denúncias de violação de direitos humanos contra outro Estado-Parte, denúncias essas que seriam processadas perante a Comissão (art. 24). As denúncias contra um Estado-Parte na Convenção podiam também ser apresentadas por qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos, o que representou sensível progresso em relação ao direito internacional clássico, confinado exclusivamente às relações entre Estados. Mas, em evidente

concessão à soberania estatal, determinou-se que essas denúncias apresentadas por indivíduos ou grupos privados somente seriam recebidas contra um Estado que houvesse previamente reconhecido a competência da Comissão para processá-las (art. 25).

A Comissão tinha também legitimidade para propor uma ação contra um Estado-Parte, perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (art. 48. a).

A fórmula de compromisso com a soberania de cada Estado-Parte foi também, originalmente, aplicada ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (art. 46). É a cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição obrigatória, cuja proposta original para a Corte Permanente de Justiça Internacional da Sociedade das Nações, retomada pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 36). foi feita pelo Embaixador brasileiro Raul Fernandes.

O Protocolo n. 11 à Convenção, datado de 11 de maio de 1994, porém, revogou essa cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, obrigando doravante todos os Estados-Partes na Convenção a se submeterem obrigatoriamente às suas decisões. O mesmo Protocolo, ainda, mas agora em decisão infeliz, extinguiu a Comissão Européia de Direitos Humanos, transferindo grande parte de suas atribuições ao Tribunal. Com isso, o Tribunal viu-se em pouco tempo sobrecarregado de processos e sem condições de desempenhar a contento as suas atribuições.

O Texto
(Excertos)²

[...]

Artigo 5

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado de sua liberdade, salvo nos seguintes casos e de acordo com as vias legais:

a) em caso de detenção regular, após condenação por um tribunal competente;

b) em caso de detenção ou prisão regular por recusa de obtemperar a um mandado legal de um tribunal, ou a fim de assegurar o cumprimento de uma obrigação prescrita em lei;

2. Tradução do original francês pelo autor.

c) em caso de detenção ou prisão, a fim de comparecimento perante a autoridade judiciária competente, quando há razões plausíveis de suspeitar que o detido ou preso cometeu uma infração, ou quando há motivos razoáveis de supor a necessidade de impedi-lo de cometer uma infração, ou de fugir após cometê-la;

d) em caso de detenção regular de um menor para se proceder à sua educação supervisionada, ou de detenção regular a fim de conduzi-lo perante a autoridade competente;

e) em caso de detenção regular de uma pessoa suscetível de propagar uma moléstia contagiosa, de um alienado, de um alcoólatra, de um toxicômano, ou de um vadio;

f) em caso de detenção ou prisão regular de uma pessoa, a fim de impedi-la de penetrar ilegalmente no território nacional, ou contra a qual esteja em curso um processo de expulsão ou extradição.

2. Toda pessoa detida deve ser informada, no prazo mais breve e numa língua que lhe seja compreensível, das razões de sua detenção e de

toda acusação que pesa contra ela.

3. Toda pessoa presa ou detida, nas condições previstas no inciso 1, alínea c do presente artigo, deve ser levada incontinenti à presença de um juiz ou outro magistrado autorizado pela lei a exercer funções judiciais, e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A soltura pode ficar condicionada ao oferecimento de uma garantia de comparecimento do interessado à audiência.

4. Toda pessoa privada de sua liberdade por motivo de detenção ou prisão tem o direito de recorrer ao Judiciário, a fim de que a legalidade de sua detenção seja decidida no mais breve prazo e sua soltura ordenada, se a prisão for ilegal.

5. Toda pessoa vítima de detenção ou prisão, em violação ao disposto neste artigo, tem direito a exigir indenização.

Artigo 6

[...]

3. Todo acusado (de haver cometido uma infração) tem os seguintes direitos, notadamente:

a) ser prontamente informado, numa língua que compreenda e de modo pormenorizado, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) ter tempo suficiente e os meios necessários para preparar sua defesa;

c) defender-se pessoalmente, ou ter a assistência de um defensor de sua escolha, e, se não tiver recursos para remunerar seu defensor, poder ser assistido gratuitamente por um advogado dativo, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação, bem como obter o comparecimento e a inquirição das testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) ser assistido gratuitamente por um intérprete, se não compreender ou falar a língua usada na audiência.

Artigo 7

1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que, no momento em que ocorreu, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Da mesma forma, não será imposta nenhuma pena mais severa do que a que era aplicável no momento em que a infração foi cometida.

2. Este artigo não impede o julgamento e a punição de uma pessoa culpada de uma ação ou omissão que, no momento em que ocorreu, era considerada criminosa, de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

[...]

TÍTULO 11 3

Artigo 19

A fim de assegurar a observância dos compromissos assumidos pelas Altas Partes Contratantes na presente Convenção, são instituídas:

a) uma Comissão Européia de Direitos Humanos, doravante referida como "a Comissão";

b) um Tribunal Europeu de Direitos Humanos, doravante referida como "o Tribunal".

Seção III

Artigo 20

A Comissão compõe-se de tantos membros quantas são as Altas Partes Contratantes. A Comissão não pode compreender mais de um nacional do mesmo Estado.

3. Por força do Protocolo n. 11, de 11 de maio de 1994, os primitivos Títulos II a IV da Convenção (arts. 19 a 56) foram substituídos pelo Título 11, tendo por objeto unicamente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Foi, portanto, extinta a Comissão Europeia dos Direitos Humanos.

[...]

Artigo 23

Os membros da Comissão exercerão suas funções a título individual. Durante toda a duração de seu mandato, eles não podem assumir funções incompatíveis com as exigências de independência, imparcialidade e disponibilidade, inerentes ao mandato.

Artigo 24

Qualquer das Altas Partes Contratantes pode, por intermédio do Secretário-Geral do Conselho da Europa, denunciar à Comissão qualquer violação às disposições da presente Convenção, imputável a uma outra Alta Parte Contratante.

Artigo 25

1. A Comissão pode processar petições dirigidas ao Secretário-Geral do Conselho da Europa por qualquer pessoa física, organização não governamental ou qualquer grupo de particulares, os quais aleguem terem sido vítimas de uma violação, por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos declarados nesta Convenção, na hipótese de a Alta Parte Contratante posta em causa tenha declarado reconhecer a competência da Comissão nessa matéria. As Altas Partes Contratantes que fizeram essa declaração obrigam-se a não impedir, de nenhuma forma, o exercício efetivo desse direito.

2. Tais declarações podem ser feitas por prazo determinado.

3. As declarações serão entregues ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que transmitirá cópias às Altas Partes Contratantes e fará publicá-las.

4. A Comissão somente exercerá a competência que lhe é atribuída neste artigo, quando pelo menos seis Altas Partes Contratantes vincularem-se por declarações feitas de acordo com o disposto nas alíneas precedentes.

Artigo 26

Não se poderá fazer atuar a Comissão, senão depois que todos os recursos internos foram exauridos, de acordo com as regras geralmente reconhecidas em direito internacional, e dentro no prazo de seis meses da data da decisão interna definitiva.

Artigo 27

1. A Comissão não receberá nenhuma petição, apresentada de acordo com o artigo 25, quando:

a) ela é anônima;

b) ela é substancialmente idêntica a outra já examinada pela Comissão, ou que já submetida a outra instância internacional de

investigação ou de julgamento, e não alegue fatos novos.

2. A Comissão considerará inadmissível qualquer petição apresentada com base no artigo 25, se ela a julga incompatível com as disposições da presente Convenção, manifestamente infundada ou abusiva.

3. A Comissão rejeitará toda petição que ela considerar inadmissível, de acordo com o artigo 26.

Artigo 28

No caso de a Comissão decidir processar a petição:

a) a fim de averiguar os fatos, ela procederá a um exame contraditório da petição, juntamente com os representantes das partes, e, se for o caso, procederá a uma investigação, para a realização da qual os Estados interessados fornecerão todas as facilidades necessárias, após uma troca de opiniões com a Comissão;

b) ela por-se-á ao mesmo tempo à disposição dos interessados, a fim de chegar a uma solução amigável, inspirada no respeito dos direitos humanos, tal como declarados nesta Convenção.

Artigo 32

1. Se, no prazo de três meses a contar da data da entrega do Relatório ao Comitê de Ministros, o litígio não for levado ao Tribunal, conforme o disposto no artigo 48 desta Convenção, o Comitê de Ministros decidirá, por maioria de dois terços dos membros com assento no Comitê, se houve violação da Convenção.

2. Em caso afirmativo, o Comitê de Ministros fixará um prazo durante o qual a Alta Parte Contratante interessada deve tomar as medidas conseqüentes à decisão do Comitê de Ministros.

3. Se a Alta Parte Contratante interessada não tomar medidas satisfatórias dentro do prazo fixado, o Comitê de Ministros decidirá, pela maioria indicada na alínea 1 acima, qual o efeito a ser dado à sua decisão original, e publicará o Relatório.

4. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a aceitar como vinculante para si todas as decisões que o Comitê de Ministros possa tomar, em aplicação das alíneas precedentes.

[...]

Seção IV

Artigo 38

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos compõe-se de tantos juízes quantos são os Membros do Conselho da Europa. Não poderá haver dois juízes da mesma nacionalidade⁴.

[...]

Artigo 44

Só as Altas Partes Contratantes e a Comissão têm legitimidade para abrir um processo perante o Tribunal⁵.

Artigo 45

A competência do Tribunal abrangerá todas as questões concernentes à interpretação e à aplicação da presente Convenção, as quais lhe sejam submetidas pelas Altas Partes Contratantes ou a Comissão, nas condições previstas no art. 48 ⁶.

Artigo 46 ⁷

1. Qualquer das Altas Partes Contratantes pode, a qualquer tempo, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem

necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal em todas as questões concernentes à interpretação e à aplicação da presente Convenção.

4. Esta última norma foi suprimida pelo Protocolo n. 11.

5. O Protocolo n. 11 substituiu essa disposição pelos artigos 33 e 34, a seguir transcritos:

Art. 33 Litígios interestatais

Toda e qualquer Alta Parte Contratante pode recorrer ao Tribunal, arguindo violação das disposições da Convenção e de seus protocolos, imputável a uma outra Alta Parte Contratante.

Art. 34 Reclamações individuais

As pessoas físicas, as organizações não governamentais ou grupos de particulares, que se achem vítimas de uma violação, por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos reconhecidos na Convenção ou seus protocolos, podem recorrer ao Tribunal. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a não criar obstáculo algum ao exercício eficaz deste direito.

6. Além da competência decisória em casos litigiosos, o Protocolo n. 11 atribuiu também ao Tribunal uma competência consultiva (arts. 47 a 49, na nova redação).

7. Disposição alterada pelo Protocolo n. 11. Doravante, todos os Estados Partes na Convenção acham-se vinculados, de pleno direito, à jurisdição do Tribunal.

2. As declarações acima referidas podem ser feitas incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade de parte de várias ou determinadas Altas Partes Contratantes, ou por um período determinado.

3. Essas declarações serão entregues ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que transmitirá cópias às Altas Partes Contratantes.

Artigo 47

O Tribunal somente julgará um caso depois que a Comissão reconhecer o malogro de seus esforços para obter uma solução amigável, e dentro do prazo de três meses fixado no artigo 32 8.

Artigo 48 9

As seguintes partes podem propor uma ação perante o Tribunal, desde que a Alta Parte Contratante interessada, se houver só uma, ou as Altas Partes Contratantes interessadas, se houver mais de uma, estejam sujeitas à jurisdição obrigatória do Tribunal ou, na falta disto, com o consentimento da Alta Parte Contratante interessada, se houver só uma, ou das Altas Partes Contratantes interessadas caso haja mais de uma:

- a) a Comissão;
- b) a Alta Parte Contratante cujo cidadão é tido como vítima;
- c) a Alta Parte Contratante que pediu a abertura do processo perante a Comissão;
- d) a Alta Parte Contratante denunciada.

Artigo 49

No caso de se contestar a competência do Tribunal, a questão será por ele decidida.

Artigo 50

Se a decisão do Tribunal declarar que uma decisão tomada ou uma medida ordenada por uma autoridade judiciária, ou qualquer outra autoridade de uma Alta Parte Contratante, conflita, no todo ou em parte,

com obrigações resultantes da presente Convenção, e se o direito interno dessa Parte prevê tão só uma reparação parcial das conseqüências dessa

8. Com a extinção da Comissão Européia dos Direitos Humanos, a competência para intermediar um acordo amigável entre as partes litigantes passou a ser do próprio Tribunal.

9. Cf. nota 4, *supra*.

decisão ou medida, o julgamento do Tribunal deverá, se possível, atribuir uma satisfação equitativa à parte lesada.

Artigo 51

1. O julgamento do Tribunal deve ser motivado.

2. Se o acórdão não expressa, no todo ou em parte, a decisão unânime dos juizes, qualquer juiz é autorizado a apresentar seu voto em separado.

Artigo 52

A decisão do Tribunal será definitiva.

Artigo 53

As Altas Partes Contratantes obrigam-se a se submeter às decisões do Tribunal, em todos os litígios em que forem partes.

[...]

CAPÍTULO 17º

OS PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS DE 1966

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹. Ao primeiro deles, foi anexado um Protocolo Facultativo, atribuindo ao Comitê de Direitos Humanos, instituído por aquele Pacto, competência para receber e processar denúncias de violação de direitos humanos, formuladas por indivíduos contra qualquer dos Estados-Partes.

Completava-se, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal e dava-se início à terceira etapa, relativa à criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos. Nesse particular, porém, a atuação do Comitê de Direitos Humanos restringe-se aos direitos cíveis e políticos e, ainda assim, sem que ele tenha poderes para formular um juízo de condenação do Estado responsável pela violação desses direitos. Além disso, contrariamente ao que fora estipulado na Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950², a competência do Comitê para receber e processar denúncias, mesmo quando formuladas por Estados-partes, depende de reconhecimento expresso do Estado apontado como violador dos direitos humanos.

1. Ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto n. 592, de 6 de dezembro de 1992.

2. Cf. capítulo 16º, *supra*.

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o

conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, "até o máximo dos recursos disponíveis" de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 22, alínea 1).

Essa divisão do conjunto dos direitos humanos em dois Pactos distintos é, em grande medida, artificial. Temos, assim, que o direito à autodeterminação dos povos é reconhecido, de forma idêntica, no artigo 1º de ambos os Pactos, o mesmo sucedendo com o direito de sindicalização (art. 2º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 8º do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). De qualquer forma, os redatores estavam bem conscientes de que o conjunto dos direitos humanos forma um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os pactos é idêntico. A unidade essencial do sistema de direitos humanos foi, aliás, afirmada pela Resolução n. 32/120 da Assembleia Geral da ONU, em 1968, e confirmada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, na Declaração de Viena, como se mencionou na Introdução desta obra³.

3. Cf. p. 67.

É com base na unidade essencial dos direitos humanos que se pode falar, no plano nacional e internacional, de um _direito _ao _desenvolvimento⁴. A Assembleia Geral das Nações Unidas, em uma Resolução de 4 de dezembro de 1986 (AIRES/41/128), considerou o desenvolvimento como "um amplo processo, de natureza econômica, social, cultural e política". Manifestou sua preocupação com "a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento e à completa realização dos seres humanos e dos povos, obstáculos esses constituídos, _inter _alia, pela denegação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais", entendendo que "todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, devendo-se, a fim de promover o desenvolvimento, dar igual atenção e considerar como urgente a implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais". Nos termos do artigo 2º, alínea 3, dessa Resolução, "os Estados têm o direito e o dever de formular políticas apropriadas para o desenvolvimento nacional, com o objetivo de aumentar constantemente o bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, na base de sua participação ativa, livre e consciente no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios dele resultantes". "Os Estados têm a responsabilidade primordial de criar condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento", o que implica o dever de colaboração de todos os Estados na eliminação dos obstáculos ao desenvolvimento (art. 3º). O desarmamento geral representa uma das condições indispensáveis à consecução dessa meta (art. 7º), devendo os Estados, no plano nacional, tomar as medidas necessárias à realização do direito ao desenvolvimento, assegurando, notadamente, "a igualdade de oportunidades, para todos, no acesso aos recursos básicos, à educação, aos serviços

4. Para uma discussão do assunto, vejam-se os comentários à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, no capítulo 20º desta obra.

de saúde, à alimentação, à habitação, ao emprego e a uma justa distribuição de renda" (art. 8º).

O grande objeto de discórdia, na adoção dos Pactos de 1966 pelas Nações Unidas, foi o Protocolo Facultativo, anexo ao pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos. Enquanto ambos os documentos foram aprovados unanimemente pela Assembléia Geral, a aprovação do Protocolo teve dois votos contrários e trinta e oito abstenções, provenientes não só de países comunistas e da maioria dos países asiáticos, africanos e árabes, como também do conjunto dos países da Europa Ocidental. Os primeiros viam com suspeição a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos interferir em assuntos considerados da competência interna de cada Estado. Os segundos entenderam que já se achavam vinculados à ação fiscalizadora e julgadora mais forte dos órgãos criados pela Convenção Européia de Direitos Humanos.

Em 15 de dezembro de 1989, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou um segundo Protocolo Facultativo ao Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, tendente à abolição da pena de morte.

É de se ressaltar a completa omissão, nos Pactos de 1966, do direito à propriedade privada, o qual constou no entanto das duas primeiras declarações de direitos do século XVIII: a de Virgínia e a da Revolução Francesa. Duas explicações, de resto concorrentes, podem ser dadas para esse fato. De um lado, a resistência dos países do bloco soviético em reconhecer a propriedade como direito humano, em contradição a um princípio fundamental do comunismo. De outro lado, a verificação de que, ao contrário do que sucedia no século XVIII, a propriedade privada já havia, na segunda metade do século XX, deixado de ser o grande instrumento de segurança econômica dos indivíduos diante do poder estatal absoluto. A par deste, surgira um inimigo mais forte da propriedade privada nas camadas pobres da população: o capitalismo incontrolado, que engendra as massas proletárias. Ademais, em todos os países não comunistas, após a grande depressão de 1929, reconheceu-se que uma das funções primordiais do Estado consistia em garantir, por meio do pleno emprego e das prestações de caráter social (saúde, previdência e assistência social), aquela *freedom from want*, a que se referiu o Presidente Roosevelt em sua mensagem sobre o estado da União, de 6 de janeiro de 1941. Ou seja, estimava-se à época, antes das devastações provocadas pelo retorno avassalador do liberalismo econômico, no final do século, que a propriedade privada já não exercia o antigo papel de garantia contra a insegurança econômica.

Duas outras lacunas dos Pactos de 1966, porém, são bem menos justificáveis: o direito de qualquer ser humano a ter uma nacionalidade, se assim o desejar, e o direito de asilo ou refúgio. Essas omissões parecem tanto mais injustificáveis quando se pensa que a Declaração Universal de 1948 menciona esses direitos (arts. XIV e XV).

Sem dúvida, após a Declaração e antes de serem adotados os Pactos, duas convenções internacionais tiveram por objeto garantir proteção jurídica às pessoas despidas de nacionalidade: a Convenção de 28 de setembro de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, votada por uma Conferência de Plenipotenciários convocada pelo Conselho Econômico e Social, e a Convenção sobre a Redução da Condição de Apátrida, datada de 30 de agosto de 1961. Mas esse progresso na regulação da matéria não explica nem justifica a ausência da proclamação desse direito nos Pactos de 1966, elaborados, justamente, para serem a Carta Internacional dos direitos humanos naquele momento histórico. A lacuna é grave, porque, como foi assinalado, a situação dos que tiveram sua nacionalidade

cancelada pelos Estados totalitários, e não conseguiram ser admitidos como nacionais de outro país durante o período conturbado dos anos 30 e 40, ilustrou de modo trágico a perda da condição de pessoa humana na comunidade universal. É óbvio que a disposição genérica do artigo 16 do Pacto sobre Direitos Civis e

5. Cf. capítulo 12º, *supra*.

6. O Pacto sobre Direitos Civis e Políticos reconhece no entanto explicitamente, a toda criança, o direito de adquirir uma nacionalidade (art. 24, alínea 3).

Políticos não supre a inexistência de uma norma específica sobre o direito de toda pessoa a ter uma nacionalidade, nem o de preferir a condição de apátrida.

Quanto ao direito de refúgio ou de asilo, convém ressaltar que se trata de institutos aproximados, mas não idênticos. A América Latina conhece, desde o século XIX, o asilo, como direito de perseguidos ou condenados por crimes políticos. Na X Conferência Interamericana, realizada em Caracas em 1954, foram aprovadas duas convenções, uma sobre asilo diplomático e outra sobre asilo territorial⁷. Já o refúgio é concedido em razão de perseguição por motivos religiosos, raciais, de nacionalidade e de opinião política. Trata-se, pois, de um instituto de proteção de minorias, no sentido que o vocábulo apresenta no artigo 27 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Em 28 de julho de 1951 foi aprovada, por iniciativa das Nações Unidas, a Convenção relativa aos Refugiados, acrescida de um Protocolo, adotado em Nova Iorque em 31 de dezembro de 1967⁸.

É preciso ainda assinalar que os Pactos Internacionais de 1966 são anteriores à quarta grande etapa histórica de reconhecimento dos direitos humanos, qual seja, a que consagrou o respeito aos chamados direitos da humanidade, como o direito de acesso aos recursos do fundo marinho, bem como os direitos à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural de todos os seres humanos.

7. Foram ambas ratificadas pelo Brasil e promulgadas pelo Decreto n. 55.929, de 14 de abril de 1965.

8. A Convenção foi aprovada no Brasil, com exclusão dos artigos 15 e 17, pelo Decreto Legislativo n. 11, de 7 de julho de 1960. Pelo Decreto n. 93, de 30 de novembro de 1971, o Governo brasileiro foi autorizado a aderir ao Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, adotado em Nova York em 31 de dezembro de 1967, e a substituir as ressalvas à Convenção de 1951 por uma declaração interpretativa, no sentido de que os refugiados gozarão do tratamento concedido aos estrangeiros em geral, excetuado o preferencial concedido aos portugueses, em virtude do Tratado de Amizade e Consulta de 1952 e do art. 199 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Mas em 19 de dezembro de 1989, o Decreto n. 98.602 reafirmou a exclusão dos artigos 15 e 17 da Convenção de 1951.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos PREÂMBULO

Os Estados-Partes do Presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, 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,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordaram o seguinte:

PARTE 1

Artigo 1º

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

O direito à autodeterminação dos povos, consagrado logo na abertura do Pacto, diz respeito, em primeiro lugar, à independência dos povos coloniais. Refere-se, também, em segundo lugar, à soberania de cada Estado independente sobre as riquezas e recursos naturais que se encontram em seu território.

Esses direitos já haviam sido objeto de duas declarações da Assembleia Geral das Nações Unidas: a Declaração sobre a garantia de independência dos países coloniais, de 14 de dezembro de 1960 [A/RES/1514(XV)], e a de 14 de dezembro de 1962, acerca da soberania permanente sobre os recursos naturais [A/RES/1803(XVII)]. Tais declarações exprimiram uma tomada de consciência universal sobre a urgência de se superar o colonialismo e o imperialismo.

O problema, no tocante ao respeito do direito de autodeterminação dos povos reside, justamente, na exata definição do que seja um povo, como titular desse direito. Como foi pertinentemente observado, o povo é uma "context-dependent notion", que representa uma categoria insuscetível de definição abstrata: o seu sentido só se precisa no contexto da declaração onde a palavra é empregada.

De qualquer forma, o âmbito semântico do termo começou a ser delimitado a partir de 1945, em contraste com a noção de minorias. Este último termo, como é indicado em comentário ao artigo 27, passou a

designar grupos incluídos numa sociedade organizada sob a forma de Estado, os quais não têm necessariamente vocação à independência.

A grande dificuldade, no exercício do direito à autodeterminação dos povos, consiste em determinar quem está legitimado a representá-los e reivindicar, em nome deles, a independência. Todos os conflitos surgidos no mundo, nesse campo,

9. James Crawford, na obra coletiva *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 165 e s.

preendem-se à solução preliminar dessa questão de representatividade. As potências coloniais, ou as autoridades centrais do Estado onde estão os povos que aspiram à independência, negam sistematicamente a representatividade dos que se apresentam como interlocutores legítimos do povo colonizado, ou submetido à dominação indesejada do Estado. Por outro lado, não são raras as situações em que se apresentam vários representantes do povo em questão, cada qual declarando-se o único legitimado a atuar em nome dele.

No tocante à soberania de cada Estado sobre as riquezas e recursos naturais localizados em seu território, a resolução da Assembléia Geral de 14 de dezembro de 1962 dispõe que esse direito soberano dos povos e nações "deve ser exercido no interesse de seu desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em questão" (item 1). "A exploração, desenvolvimento e disposição desses recursos", prossegue a resolução, "assim como o ingresso de capital estrangeiro para esses objetivos, devem ser feitos de acordo com as regras e condições que os povos e nações livremente consideram como necessárias ou desejáveis, no que diz respeito à autorização, restrição ou proibição de tais atividades" (item 2). "Nos casos em que a autorização é concedida, o capital que ingressa no país e os lucros sobre esse capital devem ser regidos pelas suas próprias regras, pela legislação nacional e pelo direito internacional. Os lucros daí derivados devem ser partilhados nas proporções livremente acordadas, em cada caso, entre os investidores e o Estado receptor do investimento, tomando-se o cuidado de assegurar que não haverá prejuízo, em hipótese alguma, para a soberania desse Estado sobre suas riquezas e recursos naturais" (item 3). "A nacionalização, expropriação ou requisição serão baseadas em razões de utilidade pública, sobrepujando interesses puramente individuais ou privados, tanto nacionais quanto estrangeiros. Em tais casos, ao proprietário será paga uma indenização adequada, de acordo com as regras em vigor no Estado que tomou essas medidas, no exercício de sua soberania e de acordo com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização suscite controvérsia, a jurisdição nacional do Estado que toma tais medidas deve ser exaurida. No entanto, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, uma solução da lide pode ser alcançada por arbitragem ou decisão de tribunal internacional" (item 4).

Essas regras, pelo fato de emanarem da Assembléia Geral das Nações Unidas, não podem ser desconsideradas no âmbito de organizações regionais nem, muito menos, em razão de acordos entre grandes potências, em detrimento dos países subdesenvolvidos.

PARTE II

Artigo 2º

1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a

respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Artigo 3º

Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.

Os artigos 2º e 3º, completados pela norma constante do artigo 26, assentam o princípio da igualdade essencial de todos os seres humanos, na sua comum dignidade de pessoas, igualdade essa que constitui o fundamento último dos direitos do homem. O pleonasma da expressão é de mera aparência: trata-se de direitos comuns a todos os seres humanos, a despeito das diferenças que possam entre eles existir, como as enunciadas na primeira alínea do artigo 2º.

A eliminação do estatuto jurídico de inferioridade da mulher, na vida civil, somente veio a ocorrer no século XX e, ainda assim, não em todos os países. Na Europa, a primeira manifestação em favor da igualdade entre os sexos foi a de Poulain de la Barre, num opúsculo publicado em 1673¹⁰. Em 1739, sob o pseudônimo de *Sophia, a Person of Quality*, apareceu em Londres, editada por John Hawkins, uma obra com extenso título: *Woman not Inferior to Man: or A Short and modest Vindication of the natural Right of the Fair-Sex to a perfect Equality of Power Dignity and Esteem, with the Men*. Já foi mencionada a posição de Condorcet e de Olympe de Gouges em defesa da igualdade dos sexos, durante a Revolução Francesa¹¹. De 1792 é a obra de Mary Wollstonecraft. *A Vindication of the Rights of Women*, a autora estava em Paris quando do início da Revolução.

10. *De l'Égalité des deux sexes - Discours physique et moral (ou l'on vou l'importance de se défaire des préjugés)*, Paris, Jean du Puis.

11. Cf. capítulo 5º.

No entanto, essas primeiras manifestações do movimento feminista do final do século XVIII não chegaram, praticamente, a produzir nenhum efeito relevante no século seguinte. Como reconhecem hoje as Nações

Unidas, a discriminação de fato ou de direito contra a mulher, em países subdesenvolvidos, tem sido um dos principais obstáculos à efetividade do direito à educação e à saúde de crianças e adolescentes.

A discriminação antifeminina, de resto, não se cinge ao tratamento desigual, isto é, à consideração da mulher, para todos os efeitos, como ser inferior ao homem, o que ocorre com desoladora frequência nas relações de trabalho assalariado (veja-se, a esse respeito, a disposição do artigo 7º, alínea a, sub-alínea i, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, transcrito mais abaixo). A discriminação contra a mulher se manifesta, também, pela reiterada e muito difundida denegação do _direito_ à _diferença_, vale dizer, a recusa de reconhecimento e respeito dos dados biológicos e valores culturais, componentes do universo feminino. Em ambas as hipóteses, aliás, essa discriminação ultrajante costuma fundar-se em tradições culturais eticamente indefensáveis e tanto mais perigosas quanto são assimiladas, pelas próprias mulheres, como normas de proteção de suas peculiaridades, por parte dos homens que desde sempre as subjugam e exploram.

Na vida política, a discriminação contra as mulheres vigorou, também, até o século XX. O primeiro país a reconhecer às mulheres o direito de voto foi a Nova Zelândia, em 1893. Seguiram-se-lhe a Austrália (1902), a Finlândia (1906) e a Noruega (1913). Entre 1914 e 1939, as mulheres adquiriram o direito de voto em mais vinte e oito países. Foi somente após a 2ª Guerra Mundial que alguns países ocidentais, como a Itália e a França, admitiram as mulheres no corpo eleitoral. É desta época, também, o reconhecimento do direito de voto feminino por alguns países que adotaram, após a guerra, o regime comunista, como a China, a Iugoslávia e a Romênia. O último país ocidental a reconhecer às mulheres o direito de votar foi a Suíça, em 1971, mas não em todos os seus cantões.

Data de 18 de dezembro de 1979, a celebração, no âmbito das Nações Unidas, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres.

Para o sistema de direitos humanos, a distinção entre desigualdades e diferenças é de capital importância. As primeiras referem-se a situações em que indivíduos ou grupos humanos acham-se juridicamente, uns em relação aos outros, em posição de superioridade-inferioridade; o que implica a negação da igualdade fundamental de valor ético entre todos os membros da comunhão humana. Por isso mesmo, a desigualdade constitui sempre a negação da dignidade de uns em relação a outros. As diferenças, ao contrário, são manifestações da rica complexidade do ser humano. Em todo o curso da História, e em todos os lugares, porém, os indivíduos ou grupos diferentes sempre foram vistos com suspeita, ou tratados com desprezo, ou seja, na raiz de toda desigualdade encontramos uma diferença, quer biológica, quer cultural, quer meramente patrimonial.

Ora, "a humanidade", como bem disse Teilhard de Chardin, "se enriquece pela união de suas diferenças". Sem a existência de sexos, raças ou culturas diferentes, a humanidade perderia toda a sua capacidade evolutiva e criativa. Por isso, enquanto as desigualdades devem ser perpetuamente combatidas, as diferenças, quando não contrárias à dignidade humana, não de ser estimuladas e apoiadas. Existem, de fato, com frequência, costumes sociais ou tradições religiosas que ofendem a pessoa humana. É o caso, para ficarmos num só exemplo, da ablação ritual do clitóris, largamente praticada no continente africano. No final do século XX, estima-se que essa mutilação genital afeta mais de dois milhões de meninas por ano, causando 15% de mortes e provocando graves infecções, além de traumas psicológicos permanentes.

Artigo 49

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-Partes do presente Pacto podem adotar na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6º, 7º, 8º (§ 1º e 2º), 11, 15, 16 e 18.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados-Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados-Partes deverão fazer uma nova comunicação igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão.

Pelo teor desse dispositivo, a suspensão temporária do exercício dos direitos humanos só se legitima na hipótese de _ameaça_ à _existência_ da _nação_: portanto não em caso de ameaça à existência do Estado (ou seja, da organização dos Poderes Públicos em determinado país) nem, muito menos, de ameaça à ordem pública de modo geral. Se essa interpretação é correta, o instituto do estado de defesa, regulado no art. 136 da Constituição brasileira de 1988, parece violar claramente o disposto nesse artigo 4º do Pacto, pois lá se justificam restrições aos direitos de reunião e ao sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, com o objetivo de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza". Nada disso, como é óbvio, implica ameaça à existência da nação brasileira.

Ao dispor, na alínea 2, que os direitos declarados nos artigos 6º, 7º, 8º (§ 1º e 2º), 11, 15, 16 e 18 não podem, em hipótese alguma, ser suspensos, o artigo 4º está a indicar que tais direitos constituem o núcleo essencial do sistema de defesa jurídica da pessoa: ou, em outro plano, que os bens ou valores, objeto desses direitos, representam a essência da dignidade humana.

Artigo 50

1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. Dois princípios vêm aí assentados.

Na alínea 1, reconhece-se que o limite intrínseco da liberdade consiste no impedimento de agir contra os direitos humanos, de forma a destruí-los praticamente, ou a impor-lhes restrições mais amplas que as já previstas no direito vigente.

Na alínea 2, enuncia-se o princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana, em caso de não-concorrência de normas sobre o mesmo objeto. Com isto, estabelece-se também que, em matéria de direitos humanos, não se admitem regressões, por meio de revogação normativa, ainda que efetuada por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele

em que foram tais direitos anteriormente declarados. Se, por exemplo, a pena de morte é abolida por norma constitucional, o advento de nova Constituição não pode restabelecê-la. A Convenção Americana de Direitos Humanos aplica esse princípio, exatamente em matéria de pena de morte, em seu art. 4º, § 3º¹²

12. Cf. capítulo 18º desta obra.

PARTE III

Artigo 6º

1. O direito a vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime do Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado-Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenha assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderão ser concedidos em todos os casos.

5. Uma pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado-Parte do presente Pacto.

No que concerne ao direito à vida, a redação do artigo 6º parece demonstrar que os elaboradores do Pacto somente se preocuparam com a questão da legitimidade da pena de morte. Os problemas graves do aborto e da eutanásia, os quais já se punham de há muito, não foram enfrentados de modo expresso. O pronome indefinido _ninguém aplica-se, obyicamente, a toda pessoa humana. Ora, justamente, a grave questão ético-jurídica consiste em saber se o embrião humano é ou não é uma pessoa. Sem dúvida, em todos os sistemas jurídicos modernos são previstas medidas legais de proteção ao nascituro. Mas na generalidade dos sistemas penais do mundo o crime de aborto tem punição menos severa que o de homicídio.

Seja como for, é defensável sustentar, com base no advérbio _arbitrariamente, constante da primeira alínea desse artigo, que o Pacto não proíbe nem o aborto nem a eutanásia, desde que eles sejam praticados segundo a regulação estabelecida no direito interno de cada país. O que não significa - escusa dizê-lo - que a sua eventual proibição legal, ou mesmo a sua qualificação como crimes contra a vida, sejam contrários à letra ou ao espírito do artigo 6º.

Hoje, de qualquer modo, as disposições do artigo estão atrasadas, em relação aos avanços da técnica de fecundação artificial e de engenharia genética. Como foi assinalado na introdução geral desta obra¹³, na atualidade nada impede, tecnicamente, a produção artificial de embriões humanos, para ulterior aproveitamento de seus tecidos, ou de

suas células, com finalidades industriais. Da mesma sorte, a tecnologia genética já está em condições de realizar a clonagem humana, para fins terapêuticos ou simplesmente reprodutivos.

Que pensar disso tudo, à luz do princípio supremo de respeito à dignidade humana em qualquer circunstância? Em tese, a única prática aceitável, sob o aspecto ético, parece ser a de clonagem humana para fins terapêuticos (por exemplo, tratamento de doenças neurodegenerativas, como o mal de Parkinson, ou o de Alzheimer), no próprio sujeito cujas células foram clonadas. Todas as outras práticas de fecundação artificial ou de engenharia genética violam, claramente, o princípio kantiano de que a pessoa humana não pode nunca ser utilizada como simples meio para a obtenção de uma finalidade alheia, pois ela deve sempre ser tida como um fim em si mesma.

13. Cf., *supra*, p. 33.

Percebe-se, nitidamente, que a admissão da legitimidade da pena de morte, no Pacto, representou uma espécie de compromisso provisório, entre os Estados que ainda a mantêm e os que já a aboliram. As precisões e restrições estabelecidas nas alíneas 2 a 6 revelam que, para os autores do Pacto, a pena capital constitui o resquício de um passado em que a punição criminal exercia unicamente uma função retributiva, segundo a exata correspondência entre crime e castigo, própria da lei de talião.

Em 15 de dezembro de 1989, de resto, a Assembléia Geral da Nações Unidas votou um Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, objetivando a abolição da pena de morte (excertos do texto são reproduzidos abaixo).

Importa também assinalar que a Assembléia Geral em 24 de maio de 1989 aprovou, por recomendação do Conselho Econômico e Social, os Princípios sobre a Efetiva Prevenção e Investigação de Execuções Ilegais, Arbitrárias e Sumárias.

A partir dos anos 60, uma nova forma de assassinio de opositores políticos surgiu e expandiu-se em várias partes do mundo: o desaparecimento forçado, comandado pelas autoridades governamentais e executado por forças militares, policiais ou grupos paralelos. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas criou, em 1980, um Grupo de Trabalho para Desaparecimentos Forçados, que registrava, até 1998, 45.000 casos. Em 18 de dezembro de 1992, a Assembléia Geral da ONU aprovou uma Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados.

Artigo 7º

Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

Condenada, pelo menos desde o Século das Luzes¹⁴ como aberração contra a natureza humana, a prática da tortura como método de investigação criminal só veio a ser expressamente condenada no plano internacional com o advento da Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948 (artigo V). A Convenção Européia de Direitos Humanos, que lhe é posterior, não contém disposição alguma a respeito.

Pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁵, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984, "o termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma

terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas, ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Para a convenção, "não se considerarão16 como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de

14. *Tant d'habiles gens et tant de beaux génies ont écrit contre cette pratique, que je n'ose parler après eux. J'allois dire qu'elle pourroit convenir dans les gouvernements despotiques, où tout ce qui inspire la crainte entre plus dans les ressorts du gouvernement; j'allois dire que les esclaves chez Les Grecs et chez les Romains. Mais jentends la voix dela nature qui crie contre moi*" (Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, livro VI, cap. 17). No capítulo XII de sua obra famosa *Dei delitri e delle pene*, publicada em 1764, e que inaugurou o movimento de humanização do direito penal, Cesare Beccaria refutou sistematicamente todos os argumentos até então utilizados para justificar a tortura, antes e depois de aberto o processo criminal.

15. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 4. de 23 de maio de 1989, e promulgada pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.

16. O texto oficial brasileiro, em evidente solecismo, emprega o verbo no singular ("Não se considerará").

sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram". Cada Estado-Parte da convenção poderá Considerar-se competente para julgar casos de tortura: a) quando ela foi praticada em seu território; b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão; c) quando a vítima for nacional do Estado em questão. A convenção criou um "Comitê contra a Tortura", com funções de investigação análogas às do Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto ora em exame (Parte IV).

A grande novidade da proibição constante do artigo 7º do Pacto consiste em assimilar à tortura, ou aos tratamentos penais cruéis, desumanos ou degradantes, a submissão de alguém, sem o seu consentimento, a experimentações médico-científicas. É claro que essa disposição refere-se, antes de mais nada, às práticas atrozes perpetradas pelos Estados totalitários, notadamente o Estado nazista, em seus campos de concentração. Mas ela abrange também pesquisas médicas e científicas de alto poder ofensivo, levadas a efeito em alguns Estados democráticos, sem que os pacientes ou a população soubessem do que se tratava. Nos Estados Unidos, no quadro de uma pesquisa médica iniciada em 1932 pela Seção de Doenças Venéreas, do Centro de Doenças Comunicáveis do Serviço de Saúde Pública, 600 indivíduos negros do sexo masculino foram envolvidos, mediante oferta enganosa de tratamento médico gratuito, num estudo sobre os efeitos da sífilis. Mais de 400 indivíduos, portadores da moléstia, deixaram de ser tratados, provocando com isso a contaminação de suas mulheres e crianças. Muitos morreram da doença. Da mesma forma, nos anos 40 e 50, o governo norte-americano efetuou experimentos com radiações atômicas em seres humanos. Algumas pessoas sofreram injeções de plutônio e crianças mentalmente retardadas foram alimentadas com comida radioativa. Ao mesmo tempo, o governo permitia a emissão de radiações nas proximidades de zonas urbanas para observar os efeitos daí decorrentes. O Presidente Clinton apresentou desculpas oficiais às vítimas de ambas as experiências, em 1995 e 1997.

Nesse campo das experimentações médicas e científicas, efetuadas sem conhecimento dos pacientes, é sem dúvida lamentável que nem essa disposição do artigo 7º nem qualquer outra do Pacto contenha a proibição explícita de se realizar a esterilização de mulheres e homens sem o seu consentimento. Trata-se de prática largamente difundida nos países subdesenvolvidos, realizada em geral por organizações privadas com sede em países ricos, sob a justificativa de que a redução do índice de fertilidade da população seria uma condição indispensável ao desenvolvimento econômico e social. Na verdade, nenhum estudo concludente chegou a sustentar, de modo irrefutável, essa opinião, que se choca frontalmente com o princípio ético do respeito devido à integridade da pessoa humana.

No que tange às penas degradantes ou cruéis, é geralmente admitido que entram nessa categoria todas as mutilações, tais como o decepamento da mão do ladrão, prescrito na sharia muçulmana, e a castração de condenados por crimes de violência sexual, constante de algumas legislações ocidentais.

O artigo não explicita, no entanto, que certas penas, pelo seu caráter drástico, não devem ser aplicadas a menores. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, proíbe a aplicação a menores de 18 anos da pena de morte e da prisão perpétua sem direito ao livramento condicional (art. 37).

No tocante à pena de prisão, generaliza-se, em todas as partes do mundo, a convicção de que ela só se legitima em casos excepcionais, e que ela deve, por conseguinte, ser substituída, na medida do possível, por outras formas penais, mais adaptadas à natureza do crime e à personalidade do criminoso.

Artigo 8º

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.

2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.

3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios

b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente;

c) para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados "trabalhos forçados ou obrigatórios":

I) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b), normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional;

II) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência;

III) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade;

iv) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

A Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e de Instituições e Práticas Análogas à Escravidão¹⁷, adotada por uma conferência de plenipotenciários convocada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 1956, considerou como similares à escravidão, tal como definida pela Convenção de Genebra de 1926, as seguintes práticas:

"a) a servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for eqüitativamente avaliado no ato da liquidação da divi-

17. O Decreto n. 58.563, de 1º de junho de 1966, promulgou entre nós a Convenção sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953, e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Veja-se o capítulo 10º desta obra.

da, ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida;

b) a servidão, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa, e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição;

c) toda instituição ou prática, em virtude da qual:

I - uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie, entregue a seus pais, tutor, família, ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas;

II - o marido de uma mulher, a família ou clã deste tem o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não;

III - a mulher pode, por morte do marido, ser transmitida por sucessão a outra pessoa;

d) toda instituição ou prática, em virtude da qual uma criança, ou adolescente de menos de 18 anos é entregue, quer por seus pais ou um deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente".

Em 1957 foi aprovada pela Organização Internacional do Trabalho a Convenção n. 105, sobre a abolição do trabalho forçado¹⁸.

A Organização das Nações Unidas criou em Genebra, em 1974, um grupo de trabalho sobre as formas contemporâneas

18. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 58.822, de 14 de julho de 1966.

de escravidão, no seio da Comissão de Direitos Humanos. Segundo estimativas de organizações não governamentais, aceitas pelos órgãos especializados das Nações Unidas, haveria em todo o mundo, no final do século, cerca de duzentos milhões de pessoas submetidas à escravidão ou a formas assemelhadas, tal como descritas na Convenção Suplementar de 1956.

As disposições constantes do artigo em comentário, porém, não podem ser interpretadas, unicamente, em função das experiências passadas de escravidão, mas devem ser entendidas também como abrangentes de novas formas de tráfico de pessoas, como o que ocorre na atualidade com mulheres e crianças. Num relatório publicado em 2000, o Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher estimou que o tráfico de mulheres e crianças atinge, anualmente, um milhão de pessoas em todo o mundo e movimenta entre 7 e 12 bilhões de dólares por ano.

Artigo 9º

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá

ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito a reparação.

O artigo reproduz, em substância, o disposto no artigo 5 da convençãoO Européia de Direitos Humanos¹⁹.

O disposto na alínea 3 consubstancia tradicional garantia de todo preso, consagrada no direito anglo-saxônico desde a Lei de _Habeas _Corpus de 1679 ²⁰. Nos países que ignoram o juizado de instrução criminal, como o Brasil, essa garantia não é observada.

Artigo 10

1 . Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoas não condenadas.

b) As pessoas processadas jovens deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinqüentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

O Pacto separa, com toda razão, a questão da cominação legal de penas cruéis ou degradantes, objeto da proibição do artigo 7º, do problema da execução da pena em condições desumanas. A pena de prisão, por exemplo, não é em princípio considerada cruel ou degradante; mas a sua execução, como acontece na generalidade dos países pobres ou subdesenvolvidos, é feita em condições indignas do ser humano. É óbvio que, quando isto sucede, o preso tem direito a ser imediatamente transferido a outro estabelecimento penal, onde possa cumprir pena em condições compatíveis com a regra do artigo 10 do Pacto, ou, no limite, ser posto em liberdade.

A regra principal do artigo em exame, em relação à qual todas as demais devem ser interpretadas, está na alínea 3: a

19. Cf., _supra, capítulo 16º.

20. Cf. capítulo 2º, _supra.

finalidade última do sistema penitenciário é "a reforma e a reabilitação

moral dos prisioneiros". O que, certamente, não exclui outras funções da pena de prisão, tal como a segregação social de criminosos de alta periculosidade. É escusado dizer, no entanto, que as normas constantes do artigo 10 são efetivamente respeitadas num reduzido número de países, pois a consciência ética dos povos ainda não foi suficientemente formada para enxergar em todo criminoso uma pessoa a ser respeitada. Prevalece ainda, na generalidade dos países, a idéia de que todo mecanismo penal é essencialmente retributivo, e que o Estado pode tratar o criminoso com a mesma indignidade que este manifestou em relação à vítima.

A preocupação com o estabelecimento de condições especiais para a punição de menores delinqüentes é mais do que justificável, tendo em vista a fragilidade física e psicológica da criança e do adolescente, e o aumento considerável do número de menores que purgam pena de prisão, em todo o mundo. Os órgãos especializados das Nações Unidas calcularam que, em meados dos anos 90, mais de um milhão de menores achavam-se presos em cumprimento de pena criminal. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ampliou em seu art. 37 as prescrições constantes desse artigo 10 do Pacto, no tocante à prisão de menores delinqüentes.

Pelas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas aprovou regras-padrão mínimas para o tratamento de prisioneiros, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955. Essas regras foram depois retomadas e desenvolvidas pela Assembléia Geral, ao editar os Princípios Básicos para o Tratamento de Prisioneiros, em 14 de dezembro de 1990.

Artigo 11

Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Ao restringir a proibição de prisão civil ao não-cumprimento de obrigações contratuais, o Pacto permite, *a contrario sensu*, que o inadimplemento de outras obrigações, tanto de direito privado quanto de direito público, seja sancionado com a prisão do devedor.

Em matéria de direito público, seria por exemplo admitida a prisão do devedor de tributos. No campo do direito privado, importa não confundir as obrigações contratuais com aquelas fundadas num *status*, isto é, na posição jurídica do indivíduo como integrante da família (*status familiae*) ou da sociedade política (*status civitatis*). O *status* cria, em cada pessoa, poderes e deveres próprios, inerentes a essa condição, e não estipulados por meio de contrato.

Assim, o artigo 11 não proíbe a prisão por inadimplemento da obrigação alimentar (sustento pessoal) entre membros da mesma família, nem por descumprimento de deveres cívicos, como a prestação de serviço militar, por exemplo.

Artigo 12

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, saúde ou moral públicas, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os Outros direitos reconhecidos no presente Pacto.

4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

O artigo reconhece claramente o direito de livre ingresso e saída de qualquer país, bem como a livre circulação em seu território, unicamente às pessoas que se achem legalmente em seu território. Exclui, portanto, do alcance de proteção jurídica, quanto a essa liberdade de circulação, todo aquele que tenha ingressado clandestinamente num país estrangeiro, ou nele permaneça irregularmente (com o visto de permanência expirado, por exemplo).

O Pacto deixa, assim, de lado, no tocante a essa garantia, a atual multidão de imigrantes clandestinos, que procuram trabalho e melhores condições de vida no estrangeiro. A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Imigrantes e Membros de suas famílias, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1990, confirma essa interpretação. O direito de livre circulação no território do país estrangeiro, onde se encontram, só é reconhecido aos trabalhadores imigrantes e membros de suas famílias que se acham em situação regular (art. 39). O sistema capitalista, em sua última fase de evolução, logrou obter a livre circulação de mercadorias e capitais no mundo inteiro. Os trabalhadores, no entanto, continuam a ter muito menor proteção jurídica que os bens materiais, no sistema de produção mundial.

O livre ingresso e circulação das pessoas em território estrangeiro é uma franquia moderna, ainda não de todo assimilada pela consciência universal. Na antigüidade, o território nacional era um solo sagrado, protegido pelos deuses da nação. A presença de um estrangeiro no solo pátrio, sem o consentimento das autoridades, representava uma profanação: o forasteiro manchava o solo onde pisava.

Hoje, a denegação dessa liberdade obedece a razões de segurança e de organização do sistema econômico. Mesmo para os seus nacionais, os Estados totalitários recusam a liberdade de ingresso, circulação e retirada do território. Na antiga União Soviética, havia a instituição do passaporte interno e da autorização de viagem, para que os cidadãos pudessem deslocar-se de um Estado federado para outro. Nos países democráticos, porém, a supressão ou limitação dessa liberdade obedece a razões de ordem econômica. Ainda não se firmou, nas instituições e nas consciências, a ética da solidariedade.

Diante da clareza do disposto na alínea 3, é de se concluir que toda recusa de visto de entrada num país deve ser motivada, de forma a permitir ao estrangeiro a possibilidade de contestar as razões de denegação do visto junto às autoridades consulares. A concessão de visto de entrada não deve, pois, ser um ato administrativo arbitrário.

Artigo 13

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado-Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

O artigo estabelece a exigência do devido processo legal para a expulsão de estrangeiros, sendo claro que esse processo deve ser contraditório, com ampla possibilidade de defesa, ficando a decisão final da autoridade administrativa sempre sujeita ao controle jurisdicional.

A *contrario sensu*, o dispositivo do artigo 13 exclui a possibilidade jurídica do banimento ou expulsão de cidadãos nacionais do território pátrio.

A Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Imigrantes e Membros de suas Famílias, de 1990, proíbe, mesmo em relação a trabalhadores clandestinos ou em situação irregular, as medidas de expulsão coletiva; cada caso de expulsão deve ser examinado e decidido individualmente, em processo onde seja assegurado o direito de defesa (art. 22).

Artigo 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por Lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, quer na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos, às seguintes garantias:

a) a ser informada, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) a ser julgada sem dilações indevidas;

d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste e, sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro

judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não-revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Na alínea 1, vem consagrado o princípio de livre acesso aos órgãos judiciários. Na verdade, o princípio só desenvolve o seu pleno significado quando se assegura a toda pessoa carente de recursos o direito à assistência judiciária gratuita. A alínea 3, reproduzindo o disposto no artigo 6 da Convenção Européia de Direitos Humanos, prevê o benefício da justiça gratuita apenas para os acusados em processo criminal, o que é manifestamente insuficiente: sem a assistência judiciária, os pobres ficam praticamente impedidos de pleitear em juízo o respeito a seus direitos fundamentais.

Ainda na alínea 1, firma-se o princípio da publicidade dos julgamentos. Deve-se entender que as restrições ao princípio, aí estabelecidas, só se aplicam ao relatório e à motivação da sentença, nunca ao seu dispositivo.

A presunção de inocência do acusado de uma infração penal é incompatível com a generalização da prisão preventiva, tal como praticada em vários países, mesmo de tradição democrática. O artigo 9º, alínea 3, dispõe, aliás, que "a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral". Tirante a hipótese de flagrante delito, a custódia preventiva do acusado só se legitima em casos excepcionais. Observe-se que a presunção de inocência somente se desfaz com a condenação definitiva do réu. É inaceitável, portanto, estabelecer-se em lei a apresentação do réu à prisão como condição de admissibilidade do processamento de seu recurso contra a sentença condenatória.

A alínea 4 não estabelece a obrigatoriedade de se criar uma Justiça Especial de Menores. Mas, em 29 de novembro de 1985, as Nações Unidas aprovaram as chamadas Regras de Beijing, estabelecendo normas-padrão para a administração da Justiça de Menores; o que implica, pelo menos, o reconhecimento de sua conveniência.

O princípio do duplo grau de jurisdição, firmado na alínea 5, só se refere aos processos penais e aos réus condenados.

É importante assinalar que a regra óbvia do respeito à coisa julgada (alínea 7), pelo menos em matéria penal, entra no sistema internacional dos direitos humanos somente com o Pacto de 1966. A Convenção Européia de 1950 não contém nenhuma disposição a esse respeito.

Artigo 15

1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

A novidade do dispositivo, em relação aos textos internacionais anteriores, está na regra da aplicação obrigatória da lei mais branda ao

réu condenado por crime cuja pena foi posteriormente abrandada (alínea 1, *in fine*).

Artigo 16

Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

O artigo 16 deveria ter sido colocado como primeira disposição do Pacto. Só o ser humano é uma pessoa, isto é, o personagem principal no processo evolutivo da vida, o protagonista da História. Ser pessoa significa possuir capacidade jurídica, ou seja, ter direito a ter direitos, segundo a fórmula célebre de Hannah Arendt.

Nesse sentido, a redação do artigo seria mais correta, se se dissesse que todo ser humano, em qualquer circunstância, e dotado de capacidade jurídica e tem direito ao reconhecimento de sua dignidade de pessoa.

A negação radical do caráter de pessoa, no ser humano, manifesta-se, por exemplo, com a escravidão: o escravo é legalmente uma coisa, objeto de propriedade. Eis por que em países onde a escravidão perdurou durante longo tempo, como o Brasil (quase quatro séculos), a consciência da igual dignidade de todo homem em qualquer condição ou circunstância - fundamento dos direitos humanos - firma-se muito lentamente nas novas gerações.

Na introdução geral desta obra, foi esboçada a evolução histórica do conceito de pessoa²¹. Acrescente-se, ao que lá ficou dito, que o genoma faz parte integrante da personalidade de cada um, e que, em tais condições, ele não pode ser manipulado nem divulgado sem o expresso consentimento da pessoa em questão.

Na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada pela UNESCO na 29ª sessão de sua Conferência Geral, em 1997, afirmou-se que uma pesquisa, um tratamento ou um diagnóstico, tendo por objeto o genoma de um indivíduo, só pode ser efetuado após uma prévia avaliação rigorosa dos riscos e vantagens potenciais a ele ligados, e sempre mediante o consentimento prévio, livre e esclarecido do interessado. Se este não está em condições de dar o seu consentimento, ele será obtido conforme as disposições da lei nacional, de acordo com o "interesse superior" (art. 52)

Na mesma Declaração, prescreve-se que "a confidencialidade dos dados genéticos associados a uma pessoa identificável, conservados ou tratados para fins de pesquisa, ou para

21. Cf. p. 11 e 5.

qualquer outra finalidade, deve ser protegida nas condições previstas em lei" (art. 72). Essa confiança cega no elevado critério do legislador nacional para a proteção da identidade genética das pessoas parece, porém, insustentável. Tratando-se de um documento de âmbito internacional, teria sido melhor que a UNESCO se fundasse nos princípios superiores de respeito à dignidade humana, independentemente dos diferentes critérios adotados pelas leis nacionais.

Artigo 17

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

No termo _correspondência (alínea 1), devem-se incluir todas as formas de comunicação telefônica, telegráfica ou telemática, de modo geral, como ocorre com a rede _Internet.

É importante assinalar que tais interferências ilegais não são apenas dos Poderes Públicos, mas também de particulares. Nos Estados Unidos, no final do século XX, estimava-se que as organizações empresariais mantinham a escuta clandestina de cerca de 400 milhões de ligações telefônicas por ano, seja de seus empregados, seja de concorrentes atuais ou potenciais. Rarissimamente essa arbitrariedade é descoberta e punida.

Que dizer, então, da organização mundial de espionagem, mantida pelos Estados Unidos por intermédio da _National _Security _Agency - NSA? Graças ao concurso de inúmeros satélites de transmissão, de cerca de 100.000 espões espalhados no mundo inteiro, e de 50.000 especialistas em informática, ligados à rede _Intelink, criada em 1994, o governo americano chega a processar, em macrocomputadores, nada menos do que 95% das comunicações que se fazem, nos mais diversos países, por meio do telefone, do fax e das transmissões eletrônicas de modo geral, inclusive pela _Internet.

É lamentável, pois, reconhecer que o direito à privacidade tende a transformar-se, na atual era da informática, em piedosa ficção, caso não se logre criar uma instituição internacional capaz de sobrepor-se a essa novíssima forma de imperialismo.

Muito controvertida é a questão da admissibilidade da interceptação telefônica, como forma de investigação criminal. O justo equilíbrio entre as exigências de respeito à liberdade individual e de combate à criminalidade é dificilmente encontrado nessa área. Em regra, pode-se dizer que a escuta em matéria não criminal, ou decidida sem autorização judicial, é claramente contrária à norma do artigo em exame. Mas a autorização do juiz não pode ser aceita como mera formalidade. Ela só tem legitimidade quando fundada em seguros indícios quanto à ligação de determinada pessoa com a prática de um crime. A lei deveria, também, estabelecer a responsabilidade do juiz pelo abuso no exercício desse poder.

Artigo 18

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para Proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

O disposto nesse artigo deve ser aproximado do princípio da isonomia, ou igualdade perante a lei, consagrado no artigo 26.

Com efeito, não há autêntica liberdade de crença e de opinião num Estado que adota uma religião oficial. As pressões de toda sorte - políticas,

econômicas e profissionais - contra os não seguidores da religião de Estado tornam essa liberdade ilusória. Aliás, os Estados totalitários mais virulentos da atualidade são justamente, aqueles que oficializam uma confissão religiosa. A interferência estatal na vida privada torna-se sufocante.

Em 25 de novembro de 1981, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou uma Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença.

Artigo 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Até a organização dos atuais meios de comunicação de massa, a liberdade de expressão limitava-se à parcela culta da população, que sabia ler e escrever. Era entre eles que se divulgavam os livros e as publicações periódicas (jornais e revistas). Não havia grandes empresas de edição. Nessas condições, a liberdade de expressão era efetivamente um direito individual.

O advento dos meios de comunicação de massa - primeiro os veículos impressos, em seguida o rádio, o cinema e a televisão -, agora interligados numa rede telemática mundial com base em transmissões por via de satélites, tornou obsoleta a antiga liberdade individual de expressão. Salvo o caso excepcional da rede _Internet, a comunicação de massa é explorada e dominada pelo Estado ou por organizações empresariais, que moldam em grande parte a opinião pública no mundo todo.

Criou-Se, com isto, uma lamentável confusão entre a liberdade de expressão e a liberdade de empresa. A lógica da atividade empresarial, no sistema capitalista de produção, funda-se na lucratividade, não na defesa da pessoa humana. Uma organização econômica voltada à produção do lucro e sua ulterior partilha entre capitalistas e empresários não pode, pois, apresentar-se como titular de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Ora, as disposições do artigo 19 do Pacto referem-se exclusivamente à liberdade de expressão, não à liberdade de exploração empresarial. Constitui, pois, uma aberração que os grandes conglomerados do setor de comunicação de massa invoquem esse direito fundamental à liberdade de expressão, para estabelecer um verdadeiro oligopólio nos mercados, de forma a exercer, com segurança, isto é, sem controle social ou popular, uma influência dominante sobre a opinião pública.

Se, na atual sociedade de massas, a verdadeira liberdade de expressão só pode exercer-se através dos órgãos de comunicação social, é incongruente que estes continuem a ser explorados como bens de propriedade particular ou estatal, em proveito exclusivo de seus donos. Os veículos de expressão coletiva devem ser instrumentos de uso comum de todos. Na verdade, aqui, como em todos os outros campos dos direitos humanos, o avanço no sentido da humanização da vida social depende,

hoje, muito mais da criação de mecanismos de realização ou de garantia dos direitos do que do enunciado de meras declarações.

Felizmente, alguns institutos jurídicos novos têm surgido para garantia da liberdade de expressão. É O caso, por exemplo, do chamado "direito de antena", no rádio e na teleVisão, já reconhecido na Constituição portuguesa de 1976 (art. 40º, alínea 1)²² e na Constituição espanhola de 1978 (art. 20, alínea 3)²³. Da mesma forma, institutos tradicionais, como o direito de resposta, podem e devem ser alargados para permitir a defesa do interesse público também por particulares. Em qualquer hipótese, a liberdade de expressão tende a tornar-se muito mais coletiva do que individual. Nos países que já reconhecem o "direito de antena", a sua titularidade pertence não a indivíduos, mas a pessoas jurídicas, como as organizações não governamentais. Também a estas deveria ser reconhecido um direito de crítica e resposta, no tocante aos interesses públicos que elas se propõem defender, tanto na imprensa quanto no rádio e na televisão.

Juridicamente falando, a liberdade é a ausência de proibições ou autorizações prévias para a prática de atos ou o exercício de uma atividade profissional. A liberdade de expressão é incompatível com o estabelecimento de censura prévia, de qualquer natureza - política, moral ou religiosa -, para os espetáculos públicos ou meios de comunicação de massa. O que não significa que possa ser tolerada uma liberdade irresponsável. Ao contrário, todo abuso deve ser reprimido, pois significa a negação do direito.

Questão delicada, no concernente à proibição de censura governamental, é a da divulgação, pelos meios de comunicação de massa, de documentos secretos do governo. Deve-se entender que o dever de guardar sigilo só existe para os funcionários públicos ou empregados do Estado, vinculados a este por um

22. "Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão".

23. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público Y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

dever de lealdade. Fora da hipótese excepcional de suspensão de direitos e garantias, prevista no artigo 4º, alínea 2, do Pacto, os meios de comunicação de massa não estão impedidos de divulgar documentos ou informações oficialmente sigilosos²⁴.

O respeito à liberdade de expressão foi posto a dura prova, ultimamente, com o estabelecimento das redes eletrônicas de comunicação mundial. A idéia de fronteira, mencionada na alínea 2 desse artigo 19, está hoje claramente ultrapassada. Mas apesar das transformações radicais provocadas pelos avanços técnicos, a responsabilidade pelo abuso da liberdade permanece íntegra. A questão toda é criar, por via de acordos internacionais, mecanismos de responsabilização dos culpados pela violação dos bens ou valores mencionados na alínea 3.

Artigo 20

1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.

2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Ao contrário do que o teor do artigo parece indicar, as atividades de propaganda ou apologia aí previstas não são proibidas, no sentido de a autoridade pública poder impedir a sua divulgação. Elas são, isto sim, ilícitas e acarretam a responsabilidade civil e criminal dos seus autores.

24. No caso dos *Pentagon Papers* (*New York Times Co. v. United States*) julgado em 1971, o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos perdeu uma excepcional oportunidade de estender o alcance da liberdade de expressão, prevista na 1ª Emenda à Constituição, à divulgação de segredos de Estado. O tribunal acabou se dividindo em três correntes de opinião: dois juizes (Black e Douglas) afirmaram a absoluta inconstitucionalidade da censura prévia; quatro (Brennan, White, Stewart e Marshall) admitiram a constitucionalidade de certas restrições à liberdade de expressão, embora rejeitassem a aplicação dessas restrições ao caso; e três juizes (Burger, Harlan e Blackmun) declararam que a censura prévia era justificada no caso em julgamento. De qualquer forma, a maioria dos juizes afirmou: 1º) todo Sistema de censura prévia carrega uma grave presunção de inconstitucionalidade; 2º) O governo tem sempre o "pesado ônus" (*heavy burden*) de justificar a aplicação da censura prévia, caso a caso.

A idéia de proibição implica, na verdade, o estabelecimento de uma censura prévia, que é incompatível com a liberdade de expressão, mesmo porque o juízo da legalidade ou abuso no exercício de uma liberdade fundamental só pode ser feito pelo Poder Judiciário, com observância do devido processo jurídico. O governo não está legitimado a ser, ao mesmo tempo, juiz e parte em litígios dessa natureza, quando a divulgação de idéias é feita pela oposição.

Artigo 21

O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

A norma do artigo fala em restrições ao exercício desse direito, não em supressão do próprio direito. Por conseguinte, no exercício do seu poder administrativo de polícia, as autoridades estatais não podem impor condições tais para a reunião do povo em locais públicos, que tornem o exercício desse direito praticamente impossível. Como contraposição a um abuso de liberdade, haveria aí um autêntico abuso de poder.

O exercício desse direito também pode ser suspenso, temporariamente, nas hipóteses especificadas no artigo 4º.

Artigo 22

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade

democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem pública ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados-Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do

Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - OU aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção.

o disposto na alínea 2, *in fine*, está a indicar que os membros das forças armadas e da polícia não podem ser proibidos de constituir sindicatos ou associações profissionais para a defesa de seus interesses, pois restringir o exercício de um direito pressupõe o reconhecimento de sua existência.

Artigo 23

1. A família e O elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.

3. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos.

4. Os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidade dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

O artigo reproduz, em substância, o disposto no artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O único acréscimo relevante é a regra relativa à necessária proteção dos filhos, quando da dissolução do matrimônio.

A Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 29 de janeiro de 1957 25, estabeleceu regras importantes, quais sejam:

a) Nem a celebração nem a dissolução do casamento entre pessoas de nacionalidade diversa, nem tampouco a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento afetarão automaticamente a nacionalidade da mulher.

25. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 64.216, de 18 de março de 1969.

b) A aquisição voluntária de nacionalidade de outro Estado, ou a renúncia à sua nacionalidade, pelo marido, não impedirão que a mulher conserve a sua própria nacionalidade.

c) A mulher tem o direito de adquirir, por meio de um processo especial, de caráter privilegiado, a nacionalidade de seu marido.

As regras do artigo devem ser completadas com o estabelecido na Convenção sobre o Consentimento e a Idade Mínima para o Casamento, e o Registro de Casamentos, de 7 de novembro de 1962 26.

Artigo 24

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por

motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

O disposto nesse artigo foi amplamente desenvolvido na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Em substituição ao antigo princípio da "situação irregular da criança", essa Convenção seguiu o da "ampla proteção", fundado na situação de carência do menor em todos os sentidos, ainda que não se possa demonstrar que ele se encontra em "situação irregular".

Em 29 de maio de 1993, foi celebrada em Haia uma Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional²⁷.

26. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 6.605, de 20 de maio de 1970.

27. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 63, de 19 de abril de 1995.

Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos,

b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

O artigo compendia os principais direitos humanos referentes à participação do cidadão no governo de seu país. É a afirmação do direito à democracia como direito humano. Faltou, porém, precisar que titular desse direito não é cada cidadão isoladamente considerado, como se se tratasse de um direito individual, mas o povo, em sua realidade orgânica. Com efeito, cada cidadão tem, por exemplo, o direito individual ao voto nas eleições políticas, mas o direito à democracia é de natureza coletiva e tem por titular o próprio povo.

É de se assinalar, no artigo, a afirmação de que todos têm direito de participar diretamente da condução dos assuntos políticos, constante da alínea a, como complemento indispensável ao mecanismo eleitoral, representativo, na democracia hodierna. Pode-se, pois, afirmar que as Constituições nacionais que não reconhecem, hoje, as instituições da democracia direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo) são não apenas ilegítimas como na verdade contrariam à ordem internacional dos direitos humanos.

Já se manifesta, aliás, uma nítida tendência, em várias partes do mundo, no sentido de se estenderem os direitos da cidadania, pelo menos no âmbito municipal, também aos estrangeiros domiciliados no país há muito tempo, ou casados com nacionais do país.

Até o século XX, as mulheres sempre foram excluídas da Participação nos assuntos políticos. Atentando para o atraso que ainda persistia em vários países nessa matéria, as Nações Unidas adotaram, em 20 de dezembro de 1952, uma convenção para o reconhecimento dos direitos políticos das mulheres²⁸.

Artigo 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Os artigos 26 e 27 devem ser considerados conjuntamente, pois tratam da _discriminação, entendida esta como sendo "toda distinção, exclusão, restrição ou preferência", como se diz na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965²⁹, com base nas diferenças de raça, sexo, dados culturais ou situação econômica. Mas enquanto a discriminação prevista no artigo 26 viola o princípio da igual dignidade de todo ser humano, independentemente de quaisquer diferenças individuais ou grupais, a desigualdade referida no artigo 27 implica a violação do chamado "direito à diferença", ou seja, o direito ao reconhecimento da própria identidade cultural.

28. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 52.476, de 12 de setembro de 1963. Em 1950, já havíamos promulgado a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher, firmada em Bogotá em 2 de maio de 1948. Sobre a igualdade de direitos políticos entre homens e mulheres, vejam-se os comentários ao artigo 32, acima.

29. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Nessa matéria, devem ser salientadas várias convenções internacionais aprovadas pelas Nações Unidas: a de 21 de dezembro de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial³⁰; a de 30 de novembro de 1973, sobre a supressão e punição do crime de _apartheid; e a convenção de 18 de dezembro de 1979, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres.

No tocante às minorias, nunca se pode esquecer a sua ação destabilizadora do regime político, quando os seus direitos não são reconhecidos e protegidos. Como salientou Hannah Arendt³¹, ao deixarem de dar uma adequada solução a esse problema, as potências vencedoras da 1ª Guerra Mundial prepararam o caldo de cultura em que fermentaram muitos dos fatores predisponentes da guerra iniciada em 1939.

O Pacto não define o conceito de _minorias empregado no art. 27. Num relatório aprovado em 1977, a Subcomissão de luta contra as medidas discriminatórias e de proteção das minorias, subordinada à Comissão de Direitos Humanos³², esclareceu que na noção de minorias, segundo a opinião mais difundida, incluem-se algumas notas específicas. de natureza objetiva ou subjetiva.

Quatro são os critérios conceituais de natureza objetiva para o reconhecimento de uma minoria populacional. O primeiro deles é a existência, no seio da população de um Estado, de grupos que se distinguem por características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, nitidamente diferentes das que prevalecem no restante da população. O segundo critério, decorrente do próprio sentido literal do termo, é de ordem numérica: tais

30. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 65.810, de 1969.

31. *The Origins of Totalitarianism*, nova edição, Harcourt Brace, Orlando, p. 269 e s.

32. *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, de autoria de Francesco Capotorti, relator especial da Subcomissão, Nações Unidas, 1991, p. 102.

grupos não devem constituir a maioria da população. Em terceiro lugar, porém, a noção de minoria discriminada pressupõe o fato político de que tais grupos não se encontram em situação de poder na sociedade: a proteção exigida pela norma do artigo 27 não diz respeito, como é óbvio, às minorias oligárquicas. Em quarto e último lugar, a discriminação violadora desse direito humano supõe que discriminadores e discriminados pertençam ao mesmo Estado.

Aduz-se, ainda, como critério subjetivo para o reconhecimento de uma minoria, que o grupo em questão manifesta, inequivocadamente, o desejo de preservar sua identidade cultural. Como foi, porém, observado no relatório supra-referido, essa manifestação de vontade coletiva pode e deve ser inferida, objetivamente, do fato de que o grupo minoritário conservou durante um tempo razoavelmente longo as suas características culturais próprias, que o diferenciam do restante da população.

Em 18 de dezembro de 1992, a Assembléia Geral da QNU aprovou uma Declaração sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais, ou Étnicas, Religiosas ou Lingüísticas. Em seu art. 22, afirma essa Declaração:

1. As pessoas pertencentes a minorias nacionais, ou étnicas, religiosas ou lingüísticas (doravante denominadas "pessoas pertencentes a minorias") têm o direito de fruir de sua cultura própria, professar e praticar sua própria religião, e usar sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação.

2. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente da vida cultural, religiosa, social, econômica e pública.

3. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente de decisões, em nível nacional ou, quando apropriado, regional, concernentes à minoria à qual pertençam, ou a regiões em que vivem, de modo não incompatível com a legislação nacional.

4. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de fundar e manter suas próprias associações.

5. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de fundar e manter, sem qualquer discriminação, contatos livres e pacíficos com outros membros de seu grupo e com pessoas pertencentes a outras minorias, assim como contatos além fronteiras com cidadãos de outros Estados, com os quais estejam relacionadas por laços nacionais, ou étnicos, religiosos ou lingüísticos".

No art. 32 dessa Declaração, reconhece-se que os membros de grupos minoritários podem exercer seus direitos, tanto de modo individual quanto coletivo.

PARTE IV

Artigo 28

1. Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos (doravante denominado o "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante.

2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados-Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.

3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

Artigo 29

1. Os membros do Comitê serão eleitos em votação secreta dentre uma lista de pessoas que preencham os requisitos previstos no artigo 28 e indicadas com esse objetivo, pelos Estados-Partes do presente Pacto.

2. Cada Estado-Parte no presente Pacto poderá indicar duas pessoas. Essas pessoas deverão ser nacionais do Estado que as indicou.

3. A mesma pessoa poderá ser indicada mais de uma vez.

Artigo 30

1. A primeira eleição realizar-se-á no máximo seis meses após a data de entrada em vigor do presente Pacto.

2. Ao menos quatro meses antes da data de cada eleição do Comitê, e desde que não seja uma eleição para preencher uma vaga declarada nos termos do artigo 34, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convidará, por escrito, os Estados-Partes do presente Protocolo a indicar, no prazo de três meses, os candidatos a membro do Comitê.

3. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas organizará uma lista por ordem alfabética de todos os candidatos assim designados, mencionando os Estados-Partes que os tiverem indicado, e a comunicará aos Estados-Partes do presente Pacto, no máximo um mês antes da data de cada eleição.

4. Os membros do Comitê serão eleitos em reuniões dos Estados-Partes convocados pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas na sede da Organização. Nessas reuniões, em que o quorum estabelecido por dois terços dos Estados-Partes do presente Pacto, serão eleitos membros do Comitê os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-Partes presentes e votantes.

Artigo 31

1. O Comitê não poderá ter mais de um nacional de um mesmo Estado,

2. Nas eleições do Comitê, levar-se-ão em consideração uma distribuição geográfica equitativa e uma representação das diversas formas da civilização, bem como dos principais sistemas jurídicos.

Artigo 32

1. Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão, caso suas candidaturas sejam apresentadas novamente, ser reeleitos. Entretanto, o mandato de nove dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao final de dois anos; imediatamente após a primeira eleição, o presidente da reunião a que se refere o § 4º do artigo 30 indicará, por sorteio, os nomes desses nove membros.

2. Ao expirar o mandato dos membros, as eleições se realizarão de acordo com o disposto nos artigos precedentes desta parte do presente Pacto.

Artigo 33

1. Se, na opinião unânime dos demais membros, um membro do Comitê deixar de desempenhar suas funções por motivos distintos de uma ausência temporária, o Presidente comunicará tal fato ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que declarará vago o lugar que ocupava o referido membro.

2. Em caso de morte ou renúncia de um membro do Comitê, o Presidente comunicará imediatamente tal fato ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que declarará vago o lugar desde a data da morte ou daquela em que a renúncia passe a produzir efeitos.

Artigo 34

1. Quando uma vaga for declarada nos termos do artigo 33 e o mandato do membro a ser substituído não expirar no prazo de seis meses a contar da data em que tenha sido declarada a vaga, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará tal fato aos Estados-Partes do presente Pacto, que poderão, no prazo de dois meses, indicar candidatos, em conformidade com o artigo 29, para preencher a vaga.

2. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas organizará uma lista por ordem alfabética dos candidatos assim designados e a comunicará aos Estados-Partes do presente Pacto. A eleição destinada a preencher tal vaga será realizada nos termos das disposições pertinentes desta parte do presente Pacto.

3. Qualquer membro do Comitê eleito para preencher uma vaga em conformidade com o artigo 33 fará parte do Comitê durante o restante do mandato do membro que deixar vago o lugar do Comitê, nos termos do referido artigo.

Artigo 35

Os membros do Comitê receberão, com a aprovação da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, honorários provenientes de recursos da Organização das Nações Unidas, nas condições fixadas, considerando-se a importância das funções do Comitê, pela Assembléia Geral.

Artigo 36

O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas colocará à disposição do Comitê o pessoal e os serviços necessários ao desempenho eficaz das funções que lhe são atribuídas em virtude do presente pacto.

Artigo 37

1. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará os Membros do Comitê para a primeira reunião, a realizar-se na sede da Organização.

2. Após a primeira reunião, o Comitê deverá reunir-se em todas as ocasiões previstas em suas regras de procedimento.

3. As reuniões do Comitê serão realizadas normalmente na sede da Organização das Nações Unidas ou no Escritório das Nações Unidas em Genebra.

Artigo 38

Todo Membro do Comitê deverá, antes de iniciar suas funções, assumir, em sessão pública, o compromisso solene de que desempenhará suas funções imparcial e conscientemente.

Artigo 39

1. O Comitê elegerá sua mesa para um período de dois anos. Os

membros da mesa poderão ser reeleitos.

2. O próprio Comitê estabelecerá suas regras de procedimento; estas, contudo, deverão conter, entre outras, as seguintes disposições:

a) o quorum será de doze membros;

b) as decisões do Comitê serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes.

Artigo 40

1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos:

a) dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos Estados-Partes interessados;

b) a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar.

2. Todos os relatórios serão submetidos ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que os encaminhará, para exame, ao Comitê. Os relatórios deverão sublinhar, caso existam, os fatores e as dificuldades que prejudiquem a implementação do presente Pacto.

3. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá, após consulta ao Comitê, encaminhar às agências especializadas interessadas cópias das partes dos relatórios que digam respeito a sua esfera de competência.

4. O Comitê estudará os relatórios apresentados pelos Estados-Partes do presente Pacto e transmitirá aos Estados-Partes seu próprio relatório, bem como os comentários gerais que julgar oportunos. O Comitê poderá igualmente transmitir ao Conselho Econômico e Social os referidos

comentários, bem como cópias dos relatórios que houver recebido dos Estados-Partes do presente Pacto.

5. Os Estados-Partes no presente Pacto poderão submeter ao Comitê as observações que desejarem formular relativamente aos comentários feitos nos termos do § 4º do presente artigo.

Artigo 41

1. Com base no presente Artigo, todo Estado-Parte do presente Pacto poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado-Parte alegue que outro Estado-Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto. As referidas comunicações só serão recebidas e examinadas nos termos do presente artigo no caso de serem apresentadas por um Estado-Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado-Parte que não houver feito uma declaração dessa natureza. As comunicações recebidas em virtude do presente artigo estarão sujeitas ao procedimento que se segue:

a) se um Estado-Parte do presente Pacto considerar que outro Estado-Parte não vem cumprindo as disposições do presente Pacto, pedirá, mediante comunicação escrita, levar a questão ao conhecimento deste Estado-Parte. Dentro do prazo de três meses, a contar da data do recebimento da comunicação, o Estado destinatário fornecerá ao Estado que enviou a comunicação explicações ou quaisquer outras declarações por escrito que esclareçam a questão, as quais deverão fazer referência, até onde seja possível e pertinente, aos procedimentos nacionais e aos recursos jurídicos adotados, em trâmite ou disponíveis sobre a questão;

b) se, dentro do prazo de seis meses, a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário, a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos os Estados-Partes interessados, tanto um como o outro terão o direito de submetê-la ao

Comitê, mediante notificação endereçada ao Comitê ou ao outro Estado interessado;

c) o Comitê tratará de todas as questões que se lhe submetam em virtude do presente artigo somente após ter-se assegurado de que todos os recursos jurídicos internos disponíveis tenham sido utilizados e esgotados, em consonância com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos. Não se aplicará essa regra quando a aplicação dos mencionados recursos prolongar-se injustificadamente;

d) o Comitê realizará reuniões confidenciais quando estiver examinando as comunicações previstas no presente artigo;

e) sem prejuízo das disposições da alínea c), o Comitê colocará seus bons ofícios à disposição dos Estados-Partes interessados no intuito de alcançar uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos no presente Pacto;

f) em todas as questões que se lhe submetam em virtude do presente artigo, o Comitê poderá solicitar aos Estados-Partes interessados, a que se faz referência na alínea b), que lhe forneçam quaisquer informações pertinentes;

g) os Estados-Partes interessados, a que se faz referência na alínea b), terão o direito de fazer-se representar quando as questões forem examinadas no Comitê e de apresentar suas observações verbalmente e/ou por escrito;

h) o Comitê, dentro dos doze meses seguintes à data de recebimento da notificação mencionada na alínea b), apresentará relatório em que:

(I) se houver sido alcançada uma solução nos termos da alínea e), o Comitê restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada;

(II) se não houver sido alcançada solução alguma nos termos da alínea e), o Comitê restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição dos fatos; serão anexados ao relatório o texto das observações escritas e as atas das observações orais apresentadas pelos Estados-Partes interessados.

Para cada questão, o relatório será encaminhado aos Estados-Partes interessados.

2. As disposições do presente artigo entrarão em vigor a partir do momento em que dez Estados-Partes do presente Pacto houverem feito as declarações mencionadas no § 1º deste artigo. As referidas declarações serão depositadas pelos Estados-Partes junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que enviará cópias das mesmas aos demais Estados-Partes. Toda declaração poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral. Far-se-a essa retirada sem prejuízo do exame de quaisquer questões que constituam objeto de uma comunicação já transmitida nos termos deste artigo; em virtude do presente artigo, não se receberá qualquer nova comunicação de um Estado-Parte uma vez que o Secretário-Geral haja recebido a notificação sobre a retirada da declaração, a menos que o Estado-Parte interessado haja feito uma nova declaração.

Artigo 42

1. a) Se uma questão submetida ao Comitê, nos termos do artigo 41, não estiver dirimida satisfatoriamente para os Estados-Partes interessados, o Comitê poderá, com o consentimento prévio dos Estados partes interessados, constituir uma Comissão de Conciliação (doravante denominada "a Comissão"). A Comissão colocará seus bons ofícios à disposição dos Estados-Partes interessados, no intuito de se alcançar uma solução amistosa para a questão baseada no respeito ao presente Pacto.

b) A Comissão será composta de cinco membros designados com o consentimento dos Estados-Partes interessados. Se os Estados-Partes interessados não chegarem a um acordo a respeito da totalidade ou de parte da composição da Comissão dentro do prazo de três meses, os membros da Comissão em relação aos quais não se chegou a acordo serão eleitos pelo Comitê, entre os seus próprios membros, em votação secreta e por maioria de dois terços dos membros do Comitê.

2. Os membros da Comissão exercerão suas funções a título pessoal. Não poderão ser nacionais dos Estados interessados, nem de Estado que não seja Parte do presente Pacto, nem de um Estado-Parte que não tenha feito a declaração prevista no artigo 41.

3. A própria Comissão elegerá seu Presidente e estabelecerá suas regras de procedimento.

4. As reuniões da Comissão serão realizadas normalmente na sede da Organização das Nações Unidas ou no Escritório das Nações Unidas em Genebra. Entretanto, poderão realizar-se em qualquer outro lugar apropriado que a Comissão determinar, após consulta ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas e aos Estados-Partes interessados.

5. O secretariado referido no artigo 36 também prestará serviços às comissões designadas em virtude do presente artigo.

6. As informações obtidas e coligidas pelo Comitê serão colocadas à disposição da Comissão, a qual poderá solicitar aos Estados-Partes interessados que lhe forneçam qualquer outra informação pertinente.

7. Após haver estudado a questão sob todos os seus aspectos, mas, em qualquer caso, no prazo de doze meses após dela ter tomado conhecimento, a Comissão apresentará um relatório ao Presidente do Comitê, que o encaminhará aos Estados-Partes interessados:

a) se a Comissão não puder terminar o exame da questão, restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição sobre o estágio em que se encontra o exame da questão;

b) se houver sido alcançada uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito dos direitos humanos reconhecidos no presente Pacto, a Comissão restringir-se-á em seu relatório, a uma breve exposição dos atos e da solução alcançada;

c) se não houver sido alcançada solução nos termos da alínea b), a Comissão incluirá no relatório suas conclusões sobre os fatos relativos à questão debatida entre os Estados-Partes interessados, assim como sua opinião sobre a possibilidade de solução amistosa para a questão; o relatório incluirá as observações escritas e as atas das observações orais feitas pelos Estados-Partes interessados;

d) se o relatório da Comissão for apresentado nos termos da alínea c), os Estados-Partes interessados comunicarão, no prazo de três meses a contar da data do recebimento do relatório, ao Presidente do Comitê se aceitam ou não os termos do relatório da Comissão.

8. As disposições do presente artigo não prejudicarão as atribuições do Comitê previstas no artigo 41.

9. Todas as despesas dos membros da Comissão serão repartidas equitativamente entre os Estados-Partes interessados, com base em estimativas a serem estabelecidas pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

10. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá, caso seja necessário, pagar as despesas dos membros da Comissão antes que sejam reembolsadas pelos Estados-Partes interessados, em conformidade com o § 9º do presente artigo.

Artigo 43

Os membros do Comitê e os membros da Comissão de Conciliação que

forem designados nos termos do artigo 42 terão direito às facilidades, privilégios e imunidades que se concedem aos peritos no desempenho de missões para a Organização das Nações Unidas, em conformidade com as seções pertinentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

Artigo 44

As disposições relativas à implementação do presente Pacto aplicar-se-ão sem prejuízo dos procedimentos instituídos em matéria de direitos humanos pelos - ou em virtude dos mesmos - instrumentos constitutivos e pelas Convenções da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas e não impedirão que os Estados-Partes venham a recorrer a outros procedimentos para a solução de controvérsias, em conformidade com os acordos internacionais gerais ou especiais vigentes entre eles.

Artigo 45

O Comitê submeterá à Assembléia Geral, por intermédio do Conselho Econômico e Social, um relatório sobre suas atividades.

Artigo 46

Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas e das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas relativamente às questões tratadas no presente Pacto.

Artigo 47

Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

[...]

Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Excertos)33

Os Estados-Partes do Presente Protocolo,

Considerando que, para realizar mais amplamente os objetivos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado Pacto) e implementar suas disposições, seria mais apropriado autorizar o Comitê de Direitos Humanos, instituído na Parte IV do Pacto (doravante denominado o Comitê), a receber e examinar, conforme disposto no presente Protocolo, comunicações de indivíduos que se dizem vítimas de violações de qualquer dos direitos declarados no Pacto,

Acordam no seguinte

Artigo 1º

Um Estado-Parte do Pacto, que se torna também Parte do presente Protocolo, reconhece a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de indivíduos sujeitos à sua jurisdição, os quais se dizem vítimas de uma violação, por parte daquele Estado-Parte, de algum dos direitos declarados no Pacto. Nenhuma comunicação será recebida pelo Comitê, se disser respeito a um Estado-Parte do Pacto, que não é Parte do presente Protocolo.

33. Traduzido do original inglês pelo autor.

Artigo 2º

Atendido o disposto no artigo 1º, indivíduos que alegam que algum de seus direitos, enumerados no Pacto, foi violado, e que exauriram todos os remédios jurídicos disponíveis no direito interno, podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê.

Artigo 3º

O Comitê declarará inadmissível qualquer comunicação anônima, relativa ao presente Protocolo, ou que ele considere um abuso do direito de comunicação, ou que seja incompatível com as disposições do Pacto.

Artigo 4º

1. Atendido o disposto no artigo 3º, o Comitê submeterá todas as comunicações que lhe forem apresentadas à consideração do Estado-Parte do presente Protocolo, acusado de violar alguma disposição do Pacto.

2. Dentro de seis meses, o Estado destinatário apresentará ao Comitê explicações escritas ou declarações formais que esclareçam a matéria, bem como o remédio jurídico, se houver, que pode ter sido utilizado pelo Estado.

Artigo 5º

1. O Comitê examinará as comunicações recebidas em relação ao presente Protocolo à luz de todas as informações escritas que lhe forem apresentadas, pelo indivíduo e pelo Estado-Parte interessado.

2. O Comitê não examinará comunicações apresentadas por indivíduos, sem antes certificar-se de que:

a) A mesma matéria não está sendo examinada em nenhum outro processo de investigação internacional ou arbitragem;

b) O indivíduo exauriu todos os remédios jurídicos disponíveis no direito interno. Esta exigência não será considerada, quando a aplicação dos remédios jurídicos for excessivamente prolongada.

3. O Comitê fará reuniões secretas, ao examinar comunicações relativas ao presente Protocolo.

4. O Comitê dará ciência de suas opiniões ao Estado-Parte interessado e ao indivíduo.

Artigo 6º

O Comitê incluirá em seu relatório anual, previsto no artigo 45 do Pacto, um sumário de suas atividades relativas ao presente Protocolo.

[...]

Artigo 10

As disposições do presente Protocolo estender-se-ão a todas as unidades dos Estados federais, sem limitações nem exceções.

[...]

Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto
Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,
objetivando a abolição da pena de morte
(1989)
(Excertos)³⁴

Os Estados-Partes do Presente Protocolo,

Crendo que a abolição da pena de morte contribui para um maior respeito da dignidade humana e o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos,

Lembrando o artigo 3 da Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, e o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966,

Observando que o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos menciona a abolição da pena de morte em termos que sugerem firmemente que a sua abolição é desejável,

Convencidos de que todas as medidas de supressão da pena de morte devem ser consideradas como um progresso na fruição do direito à vida,

Desejosos de assumir por este meio um compromisso internacional para abolir a pena de morte,

Convencionam o seguinte:

Artigo 1º

1. Ninguém, sob a jurisdição de um Estado-Parte do presente Protocolo, será executado,

2. Cada Estado-Parte tomará todas as medidas necessárias para abolir a pena de morte dentro de sua jurisdição.

34. Traduzido do original inglês pelo autor.

Artigo 2º

1. Nenhuma reserva é admissível ao presente Protocolo, exceto uma reserva feita no momento da ratificação ou adesão, a qual disponha sobre a aplicação da pena de morte em tempo de guerra, em razão de condenação pelo mais grave crime militar cometido em tempo de guerra.

2. O Estado-Parte que fizer essa reserva deve, no momento da ratificação ou adesão, comunicar ao Secretário-Geral das Nações Unidas as disposições correspondentes de sua legislação nacional, aplicáveis durante o tempo de guerra.

3. O Estado-Parte que fizer tal reserva deve notificar o Secretário-Geral das Nações Unidas de todo começo ou término de um estado de guerra, aplicável no seu território.

Artigo 3º

Os Estados-Partes do presente Protocolo incluirão nos relatórios que submeterem ao Comitê de Direitos Humanos, de acordo com o artigo 40 do Pacto, informações sobre as medidas que tiverem adotado para tornar efetivo o presente Protocolo.

Artigo 4º

No tocante aos Estados-Partes do presente Protocolo que tiverem feito uma declaração conforme o artigo 41, a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar comunicações, quando um Estado-Parte alega que outro Estado-Parte não está cumprindo suas obrigações, estender-se-á às disposições do presente Protocolo, a menos que o Estado-Parte interessado tenha feito uma declaração em contrário, no momento da ratificação ou adesão.

Artigo 5º

No tocante aos Estados-Partes do primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966, a competência do Comitê de Direitos Humanos para

receber e examinar comunicações de indivíduos sujeitos à sua jurisdição estender-se-á às disposições do presente Protocolo, a menos que o Estado-Parte interessado tenha feito uma declaração em contrário, no momento da ratificação ou adesão.

Artigo 6º

1. As disposições do presente Protocolo serão aplicáveis como disposições adicionais ao Pacto.

2. Sem prejuízo da possibilidade de reserva, de acordo com o artigo 2º do presente Protocolo, o direito garantido no artigo 1º, alínea 1, do presente Protocolo não está sujeito a nenhuma derrogação, conforme o artigo 4º do Pacto.

[...]

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O núcleo original dos direitos declarados no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos constituiu, historicamente, um meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra os privilégios privados e o abuso de poder estatal. No presente Pacto, diversamente, o elemento comum ao conjunto dos direitos nele declarados é a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa. Num caso, pois, defesa contra a oligarquia política; no outro, luta contra a dominação de classe. Em razão disso, a posição do Estado, como sujeito passivo da relação jurídica, passa de um pólo a outro. Para a fruição das liberdades civis, o que se exige é a abstenção estatal: as violações de direitos, nesse campo, ocorrem por interferências abusivas do Poder Público na vida privada e no exercício dos direitos políticos. Relativamente aos direitos declarados no presente Pacto, ao contrário, a antijuridicidade consiste na inércia estatal, na negligência ou recusa dos órgãos públicos em limitar ou controlar o poder econômico privado.

Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos.

Por serem exigências de superação da inércia estatal, ou formas de se evitar o desvio da ação dos Poderes Públicos em favor das classes sociais ricas e poderosas, os direitos declarados no presente Pacto têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental e políticas públicas coordenadas entre si. A elevação do nível de vida e da qualidade de vida das populações carentes supõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, da saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular.

Na verdade, esses objetivos sociais são interdependentes, de sorte que a não-realização de um deles compromete a realização de todos os outros. Foi o que reconheceu, por exemplo, a Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos (Habitat II), reunida em Istambul de 3 a 14 de junho de 1996. Ela reafirmou como objetivos universais a garantia de uma habitação adequada para todos, e o estabelecimento de assentamentos humanos mais seguros, saudáveis, habitáveis, equitativos, sustentáveis e produtivos. Declarou que o desenvolvimento urbano e o desenvolvimento rural são interdependentes, salientando que a melhoria do habitat urbano pressupõe uma infra-estrutura adequada, no tocante a serviços públicos de saneamento e transporte, o respeito constante aos ecossistemas, bem como a ampliação das oportunidades de emprego.

Tudo isso, bem se vê, realça a grande dificuldade para a efetivação dos direitos humanos de conteúdo econômico, social e cultural. Uma política pública não é um ato isolado nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste numa atividade, conceito técnico elaborado pela mais recente teoria jurídica. Trata-se, com efeito, de uma série de atos, do mais variado tipo, unificados pela comunhão de escopo e organizados num programa de longo prazo. A doutrina jurídica tradicional, tanto nos países de *_civil_law* (Europa Continental e suas antigas colônias) quanto nos de *_common_law* (Inglaterra e suas antigas colônias), desde o direito romano, ocupou-se quase que exclusivamente de atos isolados: contratos, testamentos, matrimônio, adoção, nomeação e demissão de funcionários públicos, e assim por diante. Foi só recentemente, em razão do desenvolvimento da economia de massa, que começaram a ser elaboradas regras jurídicas específicas sobre o desenvolvimento de atividades, como a organização do serviço público, ou a exploração empresarial.

Por outro lado, o constitucionalismo moderno nasceu sob a égide do Estado Liberal, que atribuiu aos órgãos públicos, como única função, a manutenção da ordem e da segurança para a melhor fruição das liberdades civis. As atividades desenvolviam-se na vida privada, nunca na esfera pública. Ora, os direitos econômicos, sociais ou culturais surgiram, historicamente, como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna; o que supõe a constante e programada interferência do Poder Público na esfera privada, para a progressiva eliminação das desigualdades sociais.

Por isso mesmo, os direitos econômicos, sociais e culturais obedecem, primordialmente, ao princípio da solidariedade (ou fraternidade, no tríptico da Revolução Francesa), a qual impõe, segundo os ditames da justiça distributiva ou proporcional, a repartição das vantagens ou encargos sociais em função das carências de cada grupo ou estrato da sociedade. Trata-se aqui, como se declara no preâmbulo do Pacto, retomando uma expressão do famoso discurso de Roosevelt sobre o estado da União, em 6 de janeiro de 1941, de libertar o homem da necessidade e do temor da insegurança (*_freedom_from_want, freedom_from_fear*).

Segue-se, daí, a outra grande dificuldade para a efetivação dos direitos econômicos, sociais ou culturais, dificuldade essa que leva muitos, ainda hoje, a sustentar que este Pacto contém meras exortações aos Estados signatários, ou seja, programas não Vinculantes de ação estatal.

Essa posição denegatória da juridicidade das declarações contidas no Pacto é, porém, insustentável. O núcleo essencial dos direitos subjetivos não está na garantia de sua realização forçada com o concurso dos órgãos do Estado - Judiciário, a Força Pública-, mas sim na devida atribuição a cada qual dos bens da vida que lhe pertencem (*_suum_cuique_tribuere: dar a cada um o que é seu*)³⁵. Ora, a todos os seres humanos sem exceção, independentemente de quaisquer diferenças de natureza biológica, étnica ou cultural, devem ser atribuídas condições sociais de uma vida digna. As garantias de realização coativa dessa atribuição de bens constituem um acessório, importantíssimo sem dúvida, mas não indispensável ao reconhecimento da existência dos direitos subjetivos. Na mais longeva tradição, o direito privado sempre reconheceu a existência de obrigações ditas naturais, em que o credor, apesar de ser titular incontestável do direito subjetivo ao recebimento da prestação devida, em razão da prescrição, por exemplo, não tem meios de exigir legalmente o pagamento: não tem o que a doutrina privatista denomina pretensão (*_Anspruch*, na terminologia alemã). Mas o direito

subjetivo do credor é tão incontestável que, se houver pagamento espontâneo, o devedor não poderá pedir de volta o que pagou sob a alegação de que se tratava de mera obrigação natural³⁶.

O mesmo deve ser reconhecido em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. A ausência ou insuficiência de garantias jurídicas para a sua realização não significa que se está diante de meras exortações à ação estatal. Aliás, a grande tarefa atual dos profissionais do direito, nessa matéria, consiste em construir tecnicamente garantias públicas, adequadas à realiza-

35. Os romanos tomaram essa máxima dos gregos: cf. Platão, *República*, Livro 1, 331 e.

36. O novo Código Civil brasileiro dispõe que "não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível (art. 882).

ção desses direitos. Como foi visto, os direitos econômicos, sociais e culturais realizam-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental. Ora, a garantia de realização de políticas públicas, pela sua própria natureza, é muito diversa das garantias clássicas de respeito aos direitos civis e políticos, tais como o *habeas corpus*, ou a separação de Poderes. Num caso, trata-se de impedir o abuso ou a concentração de poder, sobretudo no ramo executivo do Estado. No outro, bem ao contrário, cuida-se de reforçar os órgãos estatais, a fim de se eliminar a dominação das classes proprietárias e de realizar a justiça social.

A verdade é que a elaboração das garantias dos direitos econômicos, sociais ou culturais, afora o campo restrito dos direitos derivados do contrato de trabalho e da liberdade sindical, ainda está em grande parte por fazer-se. Ela deve concentrar-se em torno dos instrumentos próprios de realização de políticas públicas, que são os orçamentos. Seria preciso assim, entre outras medidas, institucionalizar a participação popular na elaboração dos orçamentos públicos, aparelhar uma ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas (e não apenas de leis ou atos normativos da Administração Pública), bem como reconhecer a competência do Judiciário para invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitam as prioridades sociais estabelecidas na Constituição.

Por outro lado, levando-se em conta o fato de que tais direitos dizem respeito a grupos humanos que nem sempre se organizam em associações ou sindicatos, seria preciso, igualmente, alargar a legitimidade ativa para o exercício das garantias judiciais tendentes à sua realização. Conviria, assim, reconhecer como partes legítimas para a propositura dessas ações não só o Ministério Público, como também as organizações não governamentais, ou mesmo, segundo o modelo das *class actions* ou *derivative actions* do direito norte-americano, os indivíduos que integram determinado grupo social, atuando na condição de substitutos processuais, ou seja, agindo em nome próprio, mas no interesse social do grupo.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresentava uma falha evidente: ele não criara nenhum órgão de fiscalização e controle da aplicação de suas normas. Tal como o fizera o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos com o Comitê de Direitos Humanos. Essa falha só veio a ser suprimida quase vinte anos mais tarde, com a Resolução n. 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU, a qual criou, contra o voto solitário dos Estados Unidos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

PREÂMBULO

Os Estados-Partes do presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordam o seguinte:

PARTE I

Artigo 1º

1. Todos OS Povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições de Carta das Nações Unidas.

Vejam-se os comentários ao artigo 1º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.

PARTE II

Artigo 2º

1. Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos

direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer Outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Na doutrina do direito privado, faz-se hoje, comumente a distinção entre as obrigações de meios, ou de mera diligência, e as obrigações de resultado. Enquanto o objeto destas últimas é um determinado fato, sem a realização do qual o devedor encontra-se de pleno direito em mora (exemplo: a obrigação do transportador de levar a carga ou os passageiros, em condições de incolumidade, ao local de destino), o objeto das obrigações de meios é o comportamento diligente e competente do devedor, independentemente do resultado efetivo que esse comportamento possa produzir (exemplo: a obrigação de prestação de serviços médicos ou advocatícios, na qual o profissional não pode prometer a cura do paciente, ou o ganho da causa em juízo, uma vez que esse resultado não depende, exclusivamente, da vontade do profissional liberal). A distinção de regime jurídico entre essas duas espécies de obrigação diz respeito ao ônus da prova; enquanto nas obrigações de resultado, deixando este de se verificar compete ao devedor provar que não é responsável em razão da ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro, nas obrigações de mera diligência compete ao credor demonstrar que o devedor agiu negligentemente, ou sem competência técnica.

Aplicando-se essa distinção às determinações do presente Pacto, temos que os Estados-Partes assumiram uma autêntica obrigação jurídica, e não mero compromisso moral ou político; sendo certo que essa obrigação é de meios e não de resultado. Por conseguinte, uma das medidas de controle internacional da aplicação do Pacto deveria consistir na verificação, pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, da diligência de cada Estado-Parte em realizar, a tempo e a modo, as políticas públicas conducentes à eliminação das grandes carências econômico-sociais de seus povos, prevendo-se a aplicação de sanções adequadas aos Estados julgados culpados de negligência. Lamentavelmente, porém, o sistema de relatórios, regulado na Parte IV do Pacto, é totalmente despido de sanções.

A determinação constante da alínea 2 vem sendo largamente descumprida nos Estados desenvolvidos, onde trabalham grandes contingentes de estrangeiros, oriundos de países pobres. A medida que o capitalismo se torna cada vez mais financeiro e especulativo, o fator trabalho passa a ser considerado como um insumo dispensável no sistema produtivo. Muitos desses estrangeiros foram aliciados a trabalhar nas sociedades desenvolvidas do planeta à época de penúria de mão-de-obra, durante os "30 anos gloriosos", posteriores ao término da 2ª Guerra Mundial. Agora, são considerados um estoque humano inaproveitável e mesmo, pior do que isso, prejudicial aos trabalhadores nacionais, também vítimas do desemprego estrutural. Em razão da falta de consciência moral sobre a importância do respeito à pessoa humana, no tocante à sua dimensão econômica, social e cultural, o Pacto nessa parte tende a ser letra morta.

A norma constante da alínea 3 é dificilmente justificável, à luz

do princípio da igualdade essencial de todos os homens, quanto à exigência de respeito universal à sua dignidade própria. Por que razão as medidas de alívio ou socorro contra a miséria, por exemplo, devem ser direcionadas, antes aos nacionais do que aos estrangeiros residentes no território do Estado? Imagine-se o caso, nada raro, de grupos humanos refugiados ou asilados, ou seja, de pessoas que não saíram de seu país de origem por livre e espontânea vontade. Serão eles compelidos a adotar a nacionalidade do país em que se encontram, para poderem merecer um tratamento econômico-social equivalente àquele dispensado pelo Estado aos seus próprios cidadãos?

Artigo 3º

Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar às mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e Culturais enumerados no presente Pacto.

Artigo 4º

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

Na tortuosa redação deste artigo, o que se quer dizer é que, em casos excepcionais de necessidade pública imprevista, o Estado é autorizado a introduzir limitações temporárias ao exercício dos direitos declarados no Pacto. Trata-se, em suma, de uma suspensão temporária de direitos, semelhante à que ocorre com as liberdades individuais, na hipótese de estado de sítio. Mas tais limitações só podem ser estabelecidas em lei, não em decretos governamentais, a fim de permitir amplo debate sobre a questão pelos representantes do povo; pois lei, no texto, significa evidentemente a norma geral votada pelos representantes legítimos do povo, num regime democrático.

Artigo 5º

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Disposição idêntica à do artigo 5º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Vejam-se as observações lá feitas.

PARTE III

Artigo 6º

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado-Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a

orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

O reconhecimento do direito de cada indivíduo a exercer livremente um trabalho que lhe proporcione meios de subsistência e, por conseguinte, condições de vida digna, representa a condição primária de existência de uma sociedade igualitária, não oligárquica, onde o poder político e econômico não é monopolizado pelas classes proprietárias.

O direito ao trabalho é, por conseguinte, a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática (a sociedade "moderada" de Aristóteles), na qual a maioria do povo soberano conseguiu libertar-se dos extremos da riqueza irresponsável e da miséria aviltante. Por isso mesmo, a ruína do Estado de Bem-Estar Social, provocada pelo surto de neoliberalismo que assolou a humanidade no final do século XX, representou igualmente o bloqueio dos ingentes esforços, empreendidos em todo o mundo após a 2ª Guerra Mundial, para a reconstrução da democracia.

O direito ao trabalho implica, de um lado, o direito de livre exploração de uma atividade econômica independente: individual ou societária; de outro, o direito a exercer um trabalho assalariado, no quadro de uma organização empresarial.

No primeiro caso, o direito ao trabalho fundamenta não apenas a liberdade de exercer livremente uma atividade empresarial, mas também o direito à ocupação de terras inexploradas, ou mal exploradas, para o exercício de uma atividade agrícola.

Neste sentido o direito assegurado neste artigo do Pacto representa uma das justificativas da política de reforma agrária para a realização de assentamentos agrícolas.

No tocante ao trabalho assalariado, a teoria marxista foi incapaz de prever o fato de que o sistema capitalista pode, perfeitamente, dispensar a exploração da força-trabalho para acumular riquezas e monopolizar o poder. No _Manifesto _Comunista afirmou-se que "a condição de existência do capital é o trabalho assalariado". Contrariamente a essa suposição, porém, assiste-se hoje, ao lado da acumulação de capital em grau insuspeitado, o crescimento constante do desemprego, com a conseqüente exclusão, para as suas vítimas, dos benefícios da previdência social e até mesmo da assistência social.

A implementação do direito ao trabalho não será, pois, obtida por meio da simples realização de uma política pública igual às demais, como faz supor a alínea 2 do artigo 6º. Ela pressupõe, inelutavelmente, a instauração de uma nova ordem econômica, em que o trabalho não esteja sujeito à dominação dos proprietários ou capitalistas.

Em sua quadragésima oitava sessão, realizada em julho de 1964, a Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 122, sobre política de emprego³⁷. De acordo com o disposto em seu art. 1º, todos os membros da OIT que adotarem a Convenção deverão formular e aplicar uma política ativa, visando a "promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido". Essa política deverá procurar garantir: "a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho; b) que este trabalho seja o mais produtivo possível; c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social".

37. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 61, de 30 de novembro de 1966, e promulgada pelo Decreto n. 66.499, de 27 de abril de 1970.

Artigo 7º

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

I) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

II) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) a segurança e higiene no trabalho;

c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

Artigo 8º

1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) o direito de toda pessoa de fundar sindicatos com outros e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) o direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;

c) o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;

d) o direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições gerais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção.

Os direitos do trabalhador assalariado, declarados nos artigos 7º e 8º, têm sido objeto de numerosas convenções patrocinadas pela Organização Internacional do Trabalho, desde a sua fundação em 1919. O

respeito aos direitos trabalhistas supõe no entanto, como foi dito em comentário ao artigo 6º, o reconhecimento e a implementação do direito ao trabalho, o que está longe de ser o caso nos dias que correm.

A pressão da ideologia neoliberal globalizante, nos últimos decênios do século XX, tem levado alguns países a reduzir ou suprimir direitos trabalhistas fundamentais, universalmente reconhecidos, sob pretexto de uma mal denominada "flexibilização" das condições de trabalho em função da concorrência internacional. É escusado assinalar que esse retrocesso na proteção da dignidade do trabalhador assalariado é totalmente incompatível com o respeito às regras do Pacto.

A formação de sindicatos fortes e atuantes, como reconhecem hoje vários historiadores e cientistas sociais, foi o único fator capaz de evitar, até o final do século XX, a pauperização maciça dos trabalhadores no sistema capitalista. Pela sua própria lógica, esse sistema tende a acumular capital em detrimento dos trabalhadores, ele tende, portanto, a reduzir o crescimento econômico mundial, em razão da redução da capacidade de consumo das grandes massas. O movimento sindical iniciado no século XIX interferiu no desenvolvimento desse processo de pauperização, obrigando o sistema capitalista a funcionar com uma distribuição de renda menos iníqua, o que aumentou a capacidade de consumo global e, portanto, impulsionou a produção.

O destaque dado, na alínea 3 do artigo 8º, à Convenção de 1948 da OIT, é explicável pelo fato de as organizações sindicais tuteladas pelo Estado terem sido um dos instrumentos de escol dos regimes totalitários, comunistas e fascistas, para sufocar a liberdade sindical.

Artigo 9º

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

A afirmação do direito de todos, sem exceções, à previdência social significa, claramente, que o exercício desse direito não pode ser condicionado à situação patrimonial das pessoas e, menos ainda, à existência de um contrato formal de trabalho. Exatamente porque se trata de um direito humano, isto é, de uma exigência de respeito elementar à dignidade do homem, não pode haver pré-condições à fruição desse direito.

Ora, as políticas neoliberais, difundidas em todo o mundo no final do século XX, têm levado à transformação do direito universal à previdência em mero direito de seguro privado, igual a qualquer outro, isto é, sujeito à condição do regular pagamento dos prêmios. A privatização da previdência social representa, na verdade, a sua completa negação. O direito de todo ser humano a ser protegido contra os riscos sociais não pode, em lógica conseqüência, organizar-se tão-só pelo sistema contributivo, ainda que ligado a um seguro obrigatório. De outra sorte, o crescente desemprego e a conseqüente miserabilidade das massas trabalhadoras tomam ilusória essa garantia de libertação da necessidade (_freedom_from_want), que constituiu a grande bandeira do Estado do Bem-Estar Social.

O princípio da solidariedade impõe o financiamento, ainda que parcial ou complementar, da previdência social por meio de impostos, lançados em função da capacidade contributiva das pessoas.

Artigo 10º

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da Sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o

livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder, às mães que trabalham, licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

As disposições deste artigo são parcialmente idênticas às do artigo 23 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Trata-se, com efeito, de matéria em que não se podem separar com nitidez os direitos civis dos direitos sociais.

É preciso reconhecer que as medidas de proteção à família e à maternidade, aqui previstas, só existem num reduzidíssimo número de países. O que geralmente se prevê é o pagamento de benefícios em dinheiro às famílias, no quadro das vantagens sociais ligadas ao contrato de trabalho regular, e, ainda assim, em montante meramente simbólico na maioria dos países que adotam esse sistema. Ora, a multiplicação dos contratos informais de trabalho, nas últimas décadas, torna largamente ilusória essa forma de proteção social.

Para superar essa limitação, vem sendo instituído ultimamente, em alguns países, o direito das famílias à percepção de uma renda mínima.

A disposição da alínea 2 significa o reconhecimento da maternidade como função social. O sistema capitalista, porém, tende a considerar a maternidade da mulher assalariada como um handicap para a produtividade empresarial. É este, na verdade, o principal fator da desigualdade efetiva, verificada em todo o mundo, entre homens e mulheres na relação de trabalho.

É também o sistema capitalista de produção o grande obstáculo, em toda parte, notadamente em países subdesenvolvidos, ao efetivo respeito dos direitos de menores e adolescentes, declarados na alínea 3. Duas das principais chagas sociais, em países subdesenvolvidos, são a infância abandonada e a exploração do trabalho infantil. A solução parece encontrar-se numa adequada conjugação de esforços, em nível nacional e internacional. Seria indispensável, nesse particular, reforçar decisivamente os recursos pessoais e financeiros do UNICEF - o Fundo das Nações Unidas para a Infância, dando-lhe prerrogativas de maior intervenção no território dos Estados-Partes do Pacto.

Artigo 11

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes criarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas,

inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegure a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

O cumprimento do disposto na alínea 1 implica, claramente, na instituição de uma renda mínima também para os indivíduos, ainda que sem família. Para tanto, a organização de uma ajuda internacional aos países pobres deveria ser feita pela ONU e não deixada à livre decisão dos Estados-Partes do Pacto. Sem o que, a cooperação internacional, aí prevista, não passará de um piedoso voto.

Especificamente no tocante ao direito a uma moradia adequada, um grupo de peritos das Nações Unidas definiu, em 1996, as prioridades de uma política estatal; além da construção de novas habitações, é preciso assegurar a permanência dos locatários e comodatários nos locais que já ocupam, impedir as discriminações e proibir os despejos coletivos³⁸.

A cooperação internacional, invocada na alínea 2 para resolver o problema da fome no mundo, é evidentemente retórica, por falta de precisões. Não é necessário muito esforço de análise e previsão para se compreender que um dever internacional que se estende a todos os Estados, sem maiores especificações, na verdade não se aplica a nenhum deles em particular.

Ora, a situação de carência nutricional das populações pobres do mundo atual é dramática. Em seu relatório do ano 2000, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - FAO adverte que, à falta de medidas urgentes, haverá em todo o mundo um bilhão de crianças, com menos de 14 anos, sofrendo de desnutrição dentro em vinte anos. Hoje, cerca de 200 milhões de crianças padecem de raquitismo, por causa de deficiência nutricional.

A experiência do direito privado em matéria de direito de propriedade poderia apontar um caminho para a solução desse problema internacional. O domínio ou propriedade, como ninguém ignora, faz parte dos chamados direitos absolutos, exercitáveis perante todos (_erga _omnes). Essa posição passiva univer-

38. Relatório Mundial para o Desenvolvimento Humano 2000, editado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), versão francesa, p. 77.

sal, via de regra, só se concretiza quando há um dano, provocado à coisa objeto de propriedade por um ato comissivo de outrem: uma turbação ou um esbulho possessório, por exemplo. O proprietário, por conseguinte, não tem por definição deveres positivos de contratar, ou cumprir prestações em favor de outrem, como sucede com os devedores numa relação obrigacional. No entanto, o direito contemporâneo passou a reconhecer, excepcionalmente, uma _função _social _da _propriedade, isto é, a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens, em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo. Sucede, porém, que essa afirmação da função social da propriedade revela-se inefetiva enquanto, de um lado, não forem especificados, quer os bens considerados de interesse social, quer as pessoas legitimadas a ter acesso a tais bens. Revela-se também

inefetiva, de outro lado, se a ordem jurídica não aparelha sanções adequadas ao descumprimento desse dever social dos proprietários.

O direito de se alimentar suficientemente faz parte do núcleo essencial dos direitos humanos, pois representa mera extensão do direito à vida. É vergonhoso, nessas condições, que uma parcela crescente da humanidade, segundo o reconhecimento unânime das mais variadas instituições internacionais, sofra permanentemente de fome³⁹.

Poder-se-ia pensar, como início de solução para o problema da inefetividade das declarações sobre um direito dos povos a não morrer de fome, em atribuir à FAO, em conjugação com a Organização Mundial da Saúde, um poder de intervenção efetiva. A FAO e à OMS caberia, assim, o poder de identificar, em comunicação ao Secretário-Geral das Nações Unidas ou ao Conselho Econômico e Social, as populações assoladas

39. Cf. o livro editado pela Universidade das Nações Unidas, *Food as a Human Right*, 1984.

pela fome, bem como indicar a existência de gêneros alimentícios não utilizados no território do Estado onde se encontram essas populações, ou em outros Estados-Partes do presente Pacto. O Secretário-Geral da ONU, uma vez recebida essa comunicação, teria o poder de requisitar essas reservas alimentares, comunicando ao Conselho Econômico e Social a eventual recusa, pelo Estado em cujo território elas se acham, de dar seguimento à requisição.

Seja como for, ainda que na ausência de uma cooperação internacional para resolver o problema da fome no mundo, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, reunida em Viena em 1993, enfatizou que os recursos alimentares não podem ser usados como instrumento para o exercício de pressões políticas entre os Estados.

Artigo 12

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
- b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

O que se estabelece, neste artigo, é o direito de todos à implementação de políticas de saúde, não só de natureza preventiva, como ainda curativa. Para se atingir essa universalização de atendimento, tais políticas não podem estar atreladas ao seguro privado, nem tampouco à previdência social ligada ao contrato de trabalho.

Tal não significa, escusa dizê-lo, que devam ser eliminados contratos e institutos privados de seguro-saúde (cooperativas OU planos de saúde). Mas é indispensável que o sistema de saúde como um todo, sobretudo em países subdesenvolvidos, ou profundamente inigualitários, seja organizado e supervisionado pelo Estado, e que os equipamentos públicos - hospitais, centros de pesquisa e laboratórios - sejam utilizados, prioritariamente, no atendimento das pessoas carentes. Não tendo o sistema público de saúde condições de atender adequadamente o conjunto

da população carente, ele deveria poder requisitar os serviços das organizações privadas de saúde.

Ademais, o sistema de previdência social há de, necessariamente, abranger também as despesas com aquisição de medicamentos. Para tanto, é indispensável que o Estado, sobretudo em países subdesenvolvidos, intervenha largamente no setor de produção e distribuição de medicamentos, de forma a eliminar ao máximo as perversões que o sistema capitalista provoca, em detrimento das populações de baixa renda. Atualmente, com efeito, um punhado de macroempresas transnacionais controla a produção e distribuição, em todo o mundo, dos remédios específicos para o tratamento das principais doenças. Além disso, tais empresas centralizam, freqüentemente com o auxílio de recursos públicos, a pesquisa e o desenvolvimento dos novos produtos farmacêuticos, monopolizando a sua produção com base em patentes e a sua distribuição por meio de marcas registradas. A pesquisa farmacológica, aliás, é orientada exclusivamente para o mercado dos consumidores solváveis, abandonando à morbidez as multidões miseráveis dos países subdesenvolvidos.

Artigo 13

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam, ainda, em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no § 1º do presente artigo e que essas instituições observem

os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Artigo 14

Todo Estado-Parte do presente Pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecido no próprio plano originário da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

Os artigos 13 e 14 tratam do direito fundamental à educação.

Os princípios enunciados na alínea 1 do artigo 13 (que na tradução oficial brasileira é dita § 1º) devem ser respeitados por toda e qualquer escola, seja ela pública ou particular (esta última mencionada nas alíneas 3 e 4 do mesmo artigo). O direito fundamental em questão tem por objeto não a simples instrução, mas sim a educação do ser humano; ou seja, a sua formação intelectual, moral e cívica. Com o objetivo de aprofundar a difusão mundial dos valores ético-políticos enunciados na alínea 1 do artigo 13, a UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura tem celebrado convênios com Universidades, em várias partes do mundo, para a criação de Cátedras de Educação para a Paz, a Tolerância, a democracia e os Direitos Humanos.

Deve-se ressaltar a exigência, estabelecida na alínea 2 do artigo 13, de se organizar a educação primária obrigatória e gratuita, bem como a educação secundária e a superior de forma progressivamente gratuita. Tal não significa dizer que a educação gratuita seja ministrada, necessariamente, na escola pública. Na letra _e_ dessa mesma alínea, há referência a "um sistema adequado de bolsas de estudo", de forma a permitir que as pessoas carentes possam matricular-se também em escolas particulares, à sua escolha, na medida da disponibilidade das vagas e do número de solicitações de matrícula. Não resta dúvida, no entanto, que a escola pública é sempre, pela sua própria natureza, muito mais igualitária do que a escola particular; e esse dado deve ser levado em consideração na montagem da política educacional, em países de acentuada desigualdade social.

Há, no entanto, uma ambigüidade terminológica evidente nessa matéria: Que se deve entender por ensino primário e ensino secundário? Em alguns países, como no Brasil, já não se fala em ensino primário e, sim, em ensino fundamental com duração muito maior do que o ensino primário tradicional. A precisão nesse particular é importante, tendo em vista a regra da obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, estabelecida em ambos os artigos.

Seja como for, a regra da gratuidade progressiva da educação secundária e superior, estabelecida na alínea 2, letras _b_ e _c_, do artigo 13 comporta duas exigências. De um lado, as etapas desse avanço progressivo, em direção à escola inteiramente gratuita para todos, devem ser claramente fixadas pelo Estado-Parte no Pacto e indicadas nos relatórios de que tratam os artigos 16 e seguintes. De outro lado, é absolutamente vedado, a todos os Estados-Partes do Pacto, fazer marcha à ré nesse campo, de forma a substituir a gratuidade já existente pelo ensino pago, ainda que parcialmente.

A educação de adultos é prevista no artigo 13, letra d da alínea 2, mas limitada à "educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária". Além da ambigüidade já apontada da expressão _educação _primária_, fica-se sem saber se essa "educação de base" é ou não uma espécie de educação primária simplificada.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989 pela Assembléia Geral da ONU, estabelece regras mais desenvolvidas nessa matéria. Em seu art. 28, estipula-se que os Estados-Partes devem criar diferentes formas de educação secundária, prevendo, a par da educação geral, também uma forma de ensino vocacional; devem tomar a informação e a direção, tanto educacional quanto vocacional, acessíveis a todas as crianças; devem tomar medidas adequadas para encorajar a freqüência regular à escola, bem como a redução da evasão escolar; e devem também esforçar-se para assegurar que as regras de disciplina escolar são aplicadas de forma compatível com a dignidade humana da criança. No art. 29 da mesma Convenção, os Estados-Partes declaram concordar em que a educação da criança objetiva: a) o desenvolvimento da personalidade, dos talentos e das habilidades mentais e físicas da criança, na medida integral das possibilidades desta; b) o desenvolvimento do respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais, bem como pelos princípios inscritos na Carta das Nações Unidas; c) o desenvolvimento do respeito da criança pelos seus pais, pela sua própria identidade cultural, língua e valores, pelos valores nacionais do país em que vive a criança, o país de onde ele ou ela se origina, assim como por civilizações diferentes de sua própria; d) a preparação da criança para uma vida responsável numa sociedade livre, no espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade dos sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, ou pessoas de origem indígena; e) o desenvolvimento do respeito pelo meio ambiente natural.

Artigo 15

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) participar da vida cultural;
- b) desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
- c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

O direito de todos de participar da vida cultural é um dos menos prezados em todo o mundo. Trata-se, no entanto, de uma exigência elementar de respeito à capacidade criadora da pessoa humana, enquanto único ser para o qual fazem sentido os valores do belo, do justo ou do verdadeiro.

O direito à livre manifestação cultural tem sido, há mais de século e meio, sufocado pelo sistema capitalista de produção de massa e pela propaganda desenvolvida pelos diferentes Estados, autoritários ou totalitários. Hoje, a indústria cultural norte-americana exige, como condição de sobrevivência, a conquista do mercado mundial pela exploração do sistema _multi-media, destruindo tradições locais e impondo a homogeneização universal de valores e costumes sociais.

A política cultural dos Estados-Partes do Pacto deveria,

portanto, orientar-se em dois sentidos. Cultivar, de um lado, os valores e tradições populares, como fator de coesão social e afirmação da própria identidade nacional. Cuidar, de outro lado, de estender a todo o povo, em particular às classes e grupos mais carentes, o acesso aos valores éticos e estéticos da cultura universal, consubstanciados nas grandes obras artísticas, que constituem o patrimônio cultural da humanidade. Em 1972, a UNESCO patrocinou a celebração de uma Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, que é objeto do capítulo 20º desta obra.

Nunca é demais relembrar, nesse particular, que o teatro grego da época clássica desempenhou notável papel na formação ética do povo, fazendo-o refletir sobre o sentido da vida e das grandes paixões que agitam o coração humano. A tragédia fundava-se no princípio de que o sofrimento é a fonte de toda compreensão da vida humana; enquanto a comédia ensinava o povo a considerar criticamente não só os grandes deste mundo, como também os próprios costumes e tradições populares. Em razão desse caráter pedagógico do teatro, todo o povo, incluindo as mulheres e os estrangeiros (metecos), era admitido a assistir aos espetáculos. Aos cidadãos ricos incumbia o múnus público de financiar as representações (coregia), e o Estado ateniense pagava a entrada para os cidadãos pobres.

Hoje, na era da comunicação de massa, a participação do povo na vida cultural dá-se, principalmente, por intermédio do rádio e da televisão. É mais uma razão para se impedir que a organização e o funcionamento desses veículos de comunicação social fiquem subordinados exclusivamente ao interesse empresarial privado, ou à dominação incontrollada de autoridades governamentais. O direito de participar da vida cultural está, com efeito, intimamente ligado à liberdade coletiva de expressão.

Já no tocante ao direito de desfrutar o progresso científico e tecnológico, declarado na alínea 1, letra b deste artigo, a sua realização não pode ser deixada ao livre funcionamento do sistema empresarial privado, organizado exclusivamente em função da lucratividade. A pesquisa científica e tecnológica há de ser orientada pelo interesse público, isto é, o interesse de todo o povo e, portanto, financiada majoritariamente com recursos públicos.

PARTE IV

Artigo 16

1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto.

2. a) Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social, para exame de acordo com as disposições do presente Pacto;

b) o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará também às agências especializadas cópias dos relatórios ou de todas as partes pertinentes dos mesmos - enviados pelos Estados-Partes do presente Pacto que sejam igualmente membros das referidas agências especializadas, na medida em que os relatórios, ou partes deles, guardem relação com questões que sejam da competência de tais agências, nos termos de seus respectivos instrumentos constitutivos.

Artigo 17

1. Os Estados-Partes do presente Pacto apresentarão seus relatórios por etapas, segundo um programa a ser estabelecido pelo Conselho

Econômico e Social no prazo de um ano a contar da data da entrada em vigor do presente Pacto, após consulta aos Estados-Partes e às agências especializadas interessadas.

2. Os relatórios poderão indicar os fatores e as dificuldades que prejudiquem o pleno cumprimento das obrigações previstas no presente Pacto.

3. Caso as informações pertinentes já tenham sido encaminhadas à Organização das Nações Unidas ou a uma agência especializada por um Estado-Parte, não será necessário reproduzir as referidas informações sendo suficiente uma referência precisa às mesmas.

Artigo 18

Em virtude das responsabilidades que lhe são conferidas pela Carta das Nações Unidas no domínio dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o Conselho Econômico e Social poderá concluir acordos com as agências especializadas sobre a apresentação, por estas, de relatórios relativos aos progressos realizados quanto ao cumprimento das disposições do presente Pacto que correspondam ao seu campo de atividades. Os relatórios poderão incluir dados sobre as decisões e recomendações referentes ao cumprimento das disposições do presente Pacto adotadas pelos órgãos competentes das agências especializadas.

Artigo 19

O Conselho Econômico e Social poderá encaminhar à Comissão de Direitos Humanos, para fins de estudo e de recomendação de ordem geral, ou para informação, caso julgue apropriado, os relatórios concernentes aos direitos humanos que apresentarem os Estados nos termos dos artigos 16 e 17 e aqueles concernentes aos direitos humanos que apresentarem as agências especializadas nos termos do artigo 18.

Artigo 20

Os Estados-Partes do presente Pacto e as agências especializadas interessadas poderão encaminhar ao Conselho Econômico e Social comentários sobre qualquer recomendação de ordem geral feita em virtude do artigo 19 ou sobre qualquer referência a uma recomendação de ordem geral que venha a constar de relatório da Comissão de Direitos Humanos ou de qualquer documento mencionado no referido relatório.

Artigo 21

O Conselho Econômico e Social poderá apresentar ocasionalmente à Assembléia Geral relatórios que contenham recomendações de caráter geral bem como resumo das informações recebidas dos Estadospartes do presente Pacto e das agências especializadas sobre as medidas adotadas e o progresso realizado com a finalidade de assegurar a observância geral dos direitos reconhecidos no presente Pacto.

Artigo 22

O Conselho Econômico e Social poderá levar ao conhecimento de outros órgãos da Organização das Nações Unidas, de seus órgãos subsidiários e das agências especializadas interessadas, às quais incumba a prestação de assistência técnica, quaisquer questões suscitadas nos relatórios mencionados nesta parte do presente Pacto que possam ajudar essas entidades a pronunciar-se, cada uma dentro de sua

esfera de competência, sobre a conveniência de medidas internacionais que possam contribuir para a implementação efetiva e progressiva do presente Pacto.

Artigo 23

Os Estados-Partes do presente Pacto concordam em que as medidas de ordem internacional destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no referido Pacto, incluem, sobretudo, a conclusão de convenções, a adoção de recomendações, a prestação de assistência técnica e a organização, em conjunto com os governos interessados, e no intuito de efetuar consultas e realizar estudos, de reuniões regionais e de reuniões técnicas.

Artigo 24

Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas ou das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e agências especializadas relativamente às matérias tratadas no presente Pacto.

Artigo 25

Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

[...]

CAPÍTULO 18º

A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1969

Aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 1, a Convenção reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 2. Quanto aos órgãos competentes para supervisionar o cumprimento de suas disposições e julgar os litígios referentes aos direitos humanos nela declarados, a Convenção aproxima-se mais do modelo da Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950 3.

A fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais; Protocolo esse que só veio a ser aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novem-

1. O Brasil aderiu à Convenção por ato de 25-9-1992, ressalvando no entanto a cláusula facultativa do art. 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa do art. 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro do mesmo ano. Pelo Decreto Legislativo n. 89, de dezembro de 1998, o Congresso Nacional aprovou "a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de

acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional". Pelo Decreto n. 4.463, publicado em 11-11-2002, foi promulgada essa declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte.

2. Cf., *supra*, capítulo 17º.

3. Cf., *supra*, capítulo 16º.

bro de 1988. Igualmente objeto de um Protocolo adicional à Convenção é o acordo sobre a abolição da pena de morte, obtido na Conferência Interamericana de Assunção, em 8 de junho de 1990 4. Este último Protocolo reproduz, para os Estados americanos, as disposições do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 5.

Transcrevem-se, a seguir, as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as quais representam uma novidade em relação aos Pactos internacionais de 1966. Aplica-se, a essas disposições novas, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana, ou seja, na vigência simultânea de vários sistemas normativos - o nacional e o internacional - ou na de vários tratados internacionais, em matéria de direitos humanos. deve ser aplicado aquele que melhor protege o ser humano.

Uma aplicação desse princípio ocorre em matéria de pena de morte. A norma constante do art. 4º representou efetivamente um avanço, em relação ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, pois a Convenção não só proíbe o restabelecimento da pena capital nos países que a tenham abolido, como ainda veda a sua aplicação em se tratando de crimes políticos ou comuns, a eles conexos (§§ 3º e 4º). Subsistiam portanto, como hipóteses legítimas, para as legislações nacionais, a introdução da pena de morte em um país que não a tivesse anteriormente abolido, bem como a execução capital em casos considerados como não abrangidos pela qualificação de crime político. Com o advento do Protocolo de 1990, os Estados americanos que o adotaram ficam proibidos, em qualquer hipótese, de

4. Ambos os Proiocolos foram aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995.

5. Cf., *supra*, capítulo 17º.

aplicar a pena capital, considerando-se revogadas as disposições do direito interno que eventualmente a cominavam 6.

Ao dispor o art. 4º que o direito à vida deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção, vedou em princípio a legalização do aborto. Digo "em princípio", porque a cláusula *em geral*, constante dessa disposição, parece abrir a Possibilidade do estabelecimento de exceções à regra. De qualquer forma, tal como redigido, o artigo proíbe também, em princípio as práticas de produção de embriões humanos para fins industriais (utilização de seus tecidos na fabricação de cosméticos, por exemplo), bem como da clonagem humana para finalidades não reprodutivas e, portanto, com destruição do embrião. Uma exceção eticamente admissível a essa regra geral proibitiva parece ser a da obtenção de embriões clonados para tratamento de doenças neurodegenerativas do próprio sujeito, como assinaei em outro passo desta obra 7.

O § 7º do art. 7º restringe a admissibilidade de prisão civil ao inadimplimento de obrigação alimentar. A Convenção não impede, portanto, tal como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 11), que o devedor inadimplente de tributos, ou de outras obrigações de direito público, seja preso administrativamente.

As disposições constantes dos §§ 3º e 4º do art. 13, referentes a restrições indiretas à liberdade de expressão, constituem outra novidade em relação ao Pacto de 1966. Bem analisadas as coisas, no entanto, é preciso reconhecer que não se trata, aí, da liberdade de expressão pessoal, mas sim da liberdade de atividade empresarial em matéria de imprensa, rádio e televisão, o que é bem diferente. A Convenção ignora, com efei-

6. É o caso da parte final do art. 5º, XLVII, alínea a, da Constituição Federal brasileira de 1988, que excetua da proibição da pena de morte os crimes cometidos em caso de guerra declarada.

7. Cf., *supra*, p. 293.

lo. as instituições que permitem o exercício da liberdade de comunicação numa sociedade de massas, como o direito de antena, reconhecido na Constituição portuguesa de 1976 (art. 40º) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 20, 3)8.

Uma outra novidade importante, relativamente às disposições do Pacto de 1966, é a afirmação do direito de retificação ou resposta, diante de informações inexatas ou ofensivas, emitidas pelos órgãos de comunicação de massa (art. 14). Seria preciso, no entanto, nesse particular, avançar no sentido da proteção, por meio desse direito, dos bens comuns de todos os seres humanos, como o meio ambiente ou o patrimônio histórico. Para tanto, a legitimação para exercer o direito de retificação deveria ser atribuída também aos órgãos públicos e às organizações não governamentais.

A afirmação do direito ao nome, constante do art. 18, é sem dúvida supérflua numa sociedade desenvolvida. Ela faz sentido, porém, em sociedades subdesenvolvidas, deformadas por profunda desigualdade social, nas quais o número de crianças não registradas ou abandonadas é considerável.

Como assinalado no capítulo 17º desta obra, os Pactos internacionais de 1966 não contêm nenhuma disposição específica sobre o direito de propriedade privada, O art. 21 da Convenção vem preencher essa lacuna, fazendo-o num sentido justo e equilibrado. Assim é que a parte final do § 1º, na esteira da Constituição de Weimar (art. 153)9, e de todas as que se lhe seguiram, estabelece o dever fundamental do proprietário de dar aos seus bens uma destinação conforme ao interesse social. Convém assinalar assim, que, quando o § 2º reconhece ao expropriado o direito de receber uma indenização justa, não está com isto obrigando o Poder expropriante a pagar o valor de mercado da coi-

8. Vejam-se os comentários ao artigo 19 do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966, capítulo 17º, *supra*.

9. Cf., *supra*, capítulo 9º.

sa, A expropriação, nunca é demais repetir, não é uma compra e venda forçada. A indenização devida ao expropriado é fixada em função do dano por ele sofrido e também em consideração da culpa por ele demonstrada. Assim, a justa indenização, no caso de se expropriar a modesta casa de um operário, pode ser superior ao valor venal do bem, tendo em vista as eventuais dificuldades que o expropriado encontre para conseguir novo alojamento para si e sua família. Inversamente, a expropriação por interesse social de um latifúndio improdutivo constitui uma punição aplicada ao proprietário, e há de ser, por conseguinte, inferior ao valor de mercado do fundo agrícola. O latifundiário, no caso, descumpriu o dever fundamental de dar ao bem a destinação devida, conforme o interesse social.

Da maior importância também, no art. 21, é a disposição do § 3º, determinando a punição da usura e de todas as formas de exploração do homem pelo homem. Os Harpões do mundo contemporâneo já não são os agiotas isolados e encobertos, mas sim os controladores e dirigentes de bancos e outras instituições financeiras, que exploram organizadamente os consumidores necessitados, os agricultores e os pequenos empresários urbanos, não raro com o apoio e o incentivo das autoridades governamentais, em nome do liberalismo econômico.

No tocante ao direito de circulação e residência, o disposto nos §§ 7º e seguintes do art. 22, relativamente ao direito de asilo e à expulsão territorial, representa incontestável avanço, em relação ao Pacto Internacional de 1966. Não se pode, porém, deixar de assinalar que a garantia da legalidade, aí expressa, tem sido continuamente solapada nos últimos tempos pela admissibilidade da chamada "legislação executiva", que se manifesta pela profusa edição de decretos-leis e medidas provisórias. Por outro lado, mesmo em se tratando de normas gerais votadas pelo legítimo órgão de representação popular, que é o Parlamento, os freqüentes vícios do sistema eleitoral e partidário fazem com que as leis dificilmente possam ser tidas como a manifestação autêntica da vontade popular. As oligarquias latino-americanas, competentemente auxiliadas pelos profissionais da propaganda, têm manifestado nos últimos tempos grande proficiência na manipulação, em seu benefício, dos mecanismos formais do regime democrático.

O cumprimento das normas internacionais de direitos humanos é freqüentemente dificultado em Estados organizados sob a forma federativa. Conforme a maior ou menor autonomia das unidades federadas, o governo nacional - único representante do Estado na esfera internacional - não dispõe de meios institucionais para fazer com que se respeitem os direitos humanos no território de jurisdição daquelas unidades. Foi para resolver essa questão que se redigiu o art. 28, A norma do § 2º, que diz respeito diretamente ao problema mencionado, não parece, porém, de grande eficiência, como a experiência tem demonstrado.

No concernente aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção seguiu, de modo geral, o modelo europeu e não o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966. Com efeito, ela criou, além de uma Comissão encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os Estados-Partes que a aceitem expressamente (art. 62, 1º).

Todavia, no que diz respeito às denúncias apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção afastou-se do modelo europeu. Como se pode ver do disposto em seu art. 44, ela admitiu a legitimidade de denúncias formuladas à Comissão por "qualquer pessoa ou grupo de pessoas,

10. Convém lembrar que o Protocolo n. ii à Convenção Européia de Direitos Humanos, datado de 11 de maio de 1994, extinguiu a Comissão e atribuiu sua competência ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O mesmo Protocolo vinculou, de pleno direito, todos os Estados-Membros à jurisdição do Tribunal.

ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização (dos Estados Americanos)", sem exigir que o Estado-Parte, apontado como responsável, haja previamente reconhecido a competência investigativa da Comissão, tal como estatuído na Convenção

Européia (art. 25), Em sentido contrário, seguindo o Pacto de 1966 e não a Convenção Européia, a Convenção Americana submete à prévia exigência do reconhecimento da competência da Comissão o exame, por esta, de "comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção" (art. 45, 1º).

No tocante à condição prévia de esgotamento dos recursos internos, para que a Comissão possa conhecer de uma petição ou comunicação (art. 46), a Convenção Americana é mais precisa do que a Convenção Européia de Direitos Humanos. Procurou-se, com isso, afastar a costumeira defesa dos Estados faltosos, fundada na falta de garantias judiciais adequadas na legislação nacional, ou na morosidade da Justiça¹¹.

O Protocolo Adicional de 1988, referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, contém várias disposições inovadoras, relativamente ao Pacto Internacional sobre os mesmos direitos, aprovado em 1966¹². Não se pode, porém, deixar de questionar o grau de sinceridade ou seriedade dos Estados americanos que adotaram esse Protocolo, quanto à extensão do compromisso assumido. Tanto mais que, à época, já predominava em grande parte da América Latina a ideologia neoliberal, expressa no chamado "Consenso de Washington", no sentido de

11. Sobre esta questão, cf. o estudo de Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, 2ª ed., Editora Universidade de Brasília, 1997.

12. Sobre a natureza desses direitos econômicos, sociais e culturais, e a especificidade das garantias voltadas à sua realização, vejam-se os comentários introdutórios ao Pacto de 1966 sobre esses mesmos direitos, no capítulo 17º.

orientar a ação do Estado para o fortalecimento da iniciativa empresarial privada em todos os campos, restringindo-se ao máximo as políticas públicas de proteção social. Tem-se a impressão de que os Estados que adotaram o Protocolo reproduziram, inconscientemente, a atitude retórica dos senhores rurais do período colonial, diante das ordenações régias que procuravam limitar seu poder de exploração econômica, fundado no trabalho escravo ou semi-escravo: *las ordenanzas se acatan, pero no se cumplen*.

Os Textos
(Excertos)

Convenção Americana de Direitos Humanos

[...]

Capítulo II

Direitos Cívicos e Políticos

[...]

Art. 4º - Direito a vida.

§ 1º Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

§ 2º Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento da sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

§ 3º Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

§ 4º Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

§ 5º Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento de perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

§ 6º Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Art. 7º - Direito à liberdade pessoal.

§ 1º Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais

[...]

§ 7º Ninguém deve ser detido por dívidas. Este principio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em Virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

[...]

Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão.

[...]

§ 3º Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

[...]

Art. 14 - Direito de retificação ou resposta.

§ 1º Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas, emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

§ 2º Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

§ 3º Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve

ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem o

goze de foro especial.

[...]

Art. 18 - Direito ao nome.

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos este direito, mediante nomes fictícios, se necessário.

[...]

Art. 21 - Direito à propriedade privada.

§ 1º Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

§ 2º Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

§ 3º Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Art. 22 - Direito de circulação e de residência.

[...]

§ 7º Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

§ 8º Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

§ 9º É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

[...]

Capítulo IV

Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação

Art. 28 - Cláusula federal.

§ 1º Quando se tratar de um Estado-Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

§ 2º No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

§ 3º Quando dois ou mais Estados-Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

[...]

PARTE II Meios de Proteção

Capítulo VI Órgãos Competentes

Art. 33 - São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção:

- a) Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Capítulo VII Comissão Interamericana de Direitos Humanos Seção 1 Organização

Art. 34 - A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

Art. 35 - A Comissão representa todos os Membros da Organização dos Estados Americanos.

Art. 36 - 1º Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal pela Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados-Membros.

§ 2º Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado Membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

[...]

Seção II Funções

Art. 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da

Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;

f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos arts. 44 a 51 desta Convenção; e

g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

[...]

Seção III Competência

Art. 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte.

Art. 45 - 1º Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

§ 2º As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-Parte que não haja feito tal declaração.

[...]

Art. 46 - 1º Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d) que, no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição ou comunicação.

§ 2º As disposições das alíneas a e b do inc. I deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Capítulo VIII Corte Interamericana de Direitos Humanos

Seção 1 Organização

Art. 52 - 1º A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados-Membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre os juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

[...]

Seção II Competência e Funções

Art. 61 - 1º Somente os Estados-Partes têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

§ 2º Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos arts. 48 a 51.

Art. 62 - 1º Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

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

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

Art. 63 - 1º Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos em que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

§ 2º Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Art. 64 - 1º Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados

concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no Cap. X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

§ 2º A Corte, a pedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Excertos do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)

[...]

Artigo 7º

Condições Justas, Eqüitativas e Satisfatórias de Trabalho

Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações internas, de maneira particular:

[...]

b) o direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas, e a trocar de emprego, de acordo com regulamentação nacional pertinente;

[...]

d) estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa dispensa. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a indenização ou a readmissão no emprego, ou a quaisquer outros benefícios previstos pela legislação nacional;

[...]

f) proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. No caso dos menores de 16, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida;

g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

[...]

Artigo 9º

Direito à Previdência Social

1 - Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das conseqüências da velhice e da incapacidade que a impeça, física ou

mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário os benefícios da previdência social serão aplicados aos seus descendentes.

2 - Quando se tratar de pessoas que estejam trabalhando, o direito à previdência social abrangerá pelo menos assistência médica e subsídio ou pensão em caso de acidente de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença-maternidade remunerada, antes e depois do parto.

Artigo 10 Direito à Saúde

1 - Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2 - A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir seus direitos:

[...]

c) toda imunização contra as principais doenças infecciosas;

[...]

e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e

f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Artigo 11 Direito ao Meio Ambiente Sadio

1 - Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos.

2 - Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Artigo 12 Direito à Alimentação

1 - Toda pessoa tem direito a nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.

2 - A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados-Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais referentes à matéria.

[...]

CAPÍTULO 19º

A CONVENÇÃO RELATIVA A
PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL
1972 1

Trata-se do primeiro documento normativo internacional que reconhece e proclama a existência de um "direito da humanidade", tendo por objeto, por conseguinte, bens que pertencem a todo gênero humano e não podem ser apropriados por ninguém em particular. Os Estados em que tais bens se encontram são considerados como meros administradores fiduciários, devendo informar e prestar contas, internacionalmente, sobre o estado em que se encontram esses bens e sobre as providências tomadas para protegê-los contra o risco de degradação natural ou social a que estão submetidos.

As definições constantes dos artigos 1 e 2 precisam o que se deve entender por "patrimônio cultural e natural" da humanidade, para os efeitos da convenção. Por aí se vê que, malgrado a diferença de qualificação, trata-se em ambos os casos de valores culturais a serem preservados: valores criados diretamente pelo homem, ou então inerentes à natureza, mas valorizados pela sua importância científica ou estética. Ainda não se está, pois, protegendo a biosfera enquanto tal, independentemente de qualquer valor científico, técnico ou estético em particular. Aliás, o movimento internacional de preservação do meio am-

1. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 80.978, de 12 de dezembro de 1977.

biente só teve início no mesmo ano da assinatura desta convenção. com a realização em Estocolmo, sob o patrocínio das Nações Unidas, de uma Conferência Internacional sobre o meio ambiente humano, como será lembrado no capítulo 23º desta obra.

Pela definição dos bens que constituem "patrimônio cultural" da humanidade, segundo o disposto no artigo 1, verifica-se que deles não constam nem as obras de arte plástica não monumentais, nem as obras manuscritas ou impressas, tais como incunábulo, livros, cartas missivas ou partituras musicais. É óbvio que as frisas do Pártenon ou a pedra de Roseta, expostas no British Museum, não pertencem ao Reino Unido, mas a toda a humanidade. Da mesma sorte, seria intolerável que o povo francês decidisse, por referendo, "privatizar" as riquezas culturais do Museu do Louvre, vendendo-as em público leilão para angariar recursos financeiros.

Por outro lado, não se pode esquecer que uma das maiores catástrofes culturais da História ocorreu com a destruição da biblioteca de Alexandria, primeiro em consequência da guerra civil no século III, depois pelo incêndio provocado pelos cristãos em 391 A.D. Era a maior biblioteca da antiguidade, reunindo meio milhão de volumes. Durante décadas, foi o grande centro de estudos helênicos e semíticos, onde se elaborou a tradução da Bíblia para o grego (versão dos Setenta). Sem dúvida, as técnicas atuais de reprodução dão-nos uma garantia de preservação do conteúdo das obras depositadas em museus e bibliotecas, não obstante a destruição dos originais. Mas não é menos verdade que estes últimos representam, em si mesmos, um valor cultural único e insubstituível, constituindo portanto a sua destruição um prejuízo irreparável para a cultura universal. Tampouco se pode esquecer que os museus, bibliotecas e arquivos, não obstante os progressos obtidos na técnica de construção, podem ser destruídos por cataclismos naturais, como terremotos, maremotos ou erupções vulcânicas, ou então por atos de guerra e que todos os cuidados empregados na guarda e vigilância dos museus não têm impedido a ocorrência de furtos.

Impõe-se portanto a revisão desta Convenção, a fim de se incluírem na categoria de patrimônio cultural da humanidade as coleções de pintura e escultura depositadas em museus, bem como as bibliotecas, quando o Comitê Intergovernamental de que tratam os artigos 8 e seguintes considerá-las de valor universal. Conviria ainda acrescentar

disposições penais, a fim de se declararem os atos de furto, roubo ou receptação dessas obras como um crime contra a humanidade, estabelecendo-se as sanções adequadas e reconhecendo-se a competência de qualquer Estado-Parte para processar e punir os responsáveis.

O Texto
(Excertos)

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972, em sua décima sétima sessão,

Verificando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural são cada vez mais ameaçados de destruição, não somente pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica, que se agrava, com fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais temíveis;

Considerando que a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo;

Considerando que a proteção desse patrimônio em escala nacional é freqüentemente incompleta, devido à magnitude dos meios de que necessita e à insuficiência dos recursos econômicos, científicos e técnicos do país em cujo território se acha o bem a ser protegido;

Tendo em mente que a Constituição da Organização dispõe que esta última ajudará a conservação, o progresso e a difusão do saber, velando pela preservação e proteção do patrimônio universal e recomendando, aos povos interessados, convenções internacionais para esse fim;

Considerando que as convenções, recomendações e resoluções internacionais existentes, relativas aos bens culturais e naturais, demonstram a importância que representa, para todos os povos do mundo, a salvaguarda desses bens incomparáveis e insubstituíveis, qualquer que seja o povo a que pertençam;

Considerando que bens do patrimônio cultural e natural apresentam um interesse excepcional e, portanto, devem ser preservados como elementos do patrimônio mundial da humanidade inteira; e

Considerando que, ante a amplitude e a gravidade dos perigos novos que os ameaçam, cabe a toda a coletividade internacional tomar Parte na proteção do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional, mediante a prestação de uma assistência coletiva que, sem Substituir a ação do Estado interessado, a complete eficazmente;

Considerando que é indispensável, para esse fim, adotar novas disposições convencionais que estabeleçam um sistema eficaz de proteção coletiva do patrimônio cultural e natural de valor universal excepcional, organizado de modo permanente e segundo métodos científicos e modernos, e

Após haver decidido, quando de sua décima sexta Sessão, que esta questão seria objeto de uma convenção internacional,

Adota neste dia dezesseis de novembro de mil novecentos e setenta e dois a presente Convenção.

I - Definições do Patrimônio Cultural e Natural

Artigo 1

Para os fins da presente Convenção serão considerados como "patrimônio cultural":

- os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica,

inscrições, cavernas e grupos de elementos, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

- os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

- os lugares notáveis: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Artigo 2

Para os fins da presente Convenção serão considerados como "patrimônio natural":

- os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico;

- as formações geológicas e fisiográficas e as áreas nitidamente delimitadas que constituam o "habitat" de espécies animais e vegetais ameaçadas e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação;

- os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural.

Artigo 3

Caberá a cada Estado-Parte na presente Convenção identificar e delimitar os diferentes bens mencionados nos Artigos 1 e 2 situados em seu território.

II - Proteção Nacional e Proteção Internacional do Patrimônio Cultural e Natural

Artigo 4

Cada um dos Estados-Partes na presente Convenção reconhece que a obrigação de identificar, proteger, conservar, valorizar e transmitir às futuras gerações o patrimônio cultural e natural mencionado nos Artigos 1 e 2, situado em seu território, lhe incumbe primordialmente. Procurará tudo fazer para esse fim, utilizando ao máximo seus recursos disponíveis, e, ira quando for o caso, mediante a assistência e cooperação internacional de que possa beneficiar-se, notadamente nos planos financeiro, artístico, científico e técnico.

Artigo 5

A fim de garantir a adoção de medidas eficazes para a proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural situado em seu território, os Estados-Partes na presente Convenção procurarão na medida do possível, e nas condições apropriadas a cada país:

a) adotar uma política geral que vise a dar ao patrimônio cultural e natural uma função na vida da coletividade e a integrar a proteção desse patrimônio nos programas de planificação geral;

b) instituir em seu território, na medida em que não existam, um ou mais serviços de proteção, conservação e valorização do patrimônio cultural e natural, dotados de pessoal e meios apropriados que lhes permitam realizar as tarefas a eles confiadas;

c) desenvolver os estudos e as pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitam a um Estado fazer

face aos perigos que ameacem seu patrimônio cultural ou natural;

d) tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, proteção, conservação, revalorização e reabilitação desse patrimônio; e

e) facilitar a criação ou o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação no campo da proteção, conservação e revalorização do patrimônio cultural e natural e estimular a pesquisa científica nesse campo.

Artigo 6

1. Respeitando plenamente a soberania dos Estados em cujo território esteja situado o patrimônio cultural e natural mencionados nos Artigos 1 e 2, e sem prejuízo dos direitos reais previstos pela legislação nacional sobre tal patrimônio, os Estados-Partes na presente Convenção reconhecem que esse constitui um patrimônio universal em cuja proteção a comunidade internacional inteira tem o dever de cooperar.

2. Os Estados-Partes comprometem-se, conseqüentemente, e de conformidade com as disposições da presente Convenção, a prestar seu concurso para a identificação, proteção, conservação e revalorização do patrimônio cultural e natural mencionados nos parágrafos 2 e 4 do Artigo 11, caso o solicite o Estado em cujo território o mesmo esteja situado.

3. Cada um dos Estados-Partes na presente Convenção obriga-se a não tomar deliberadamente qualquer medida suscetível de pôr em perigo, direta ou indiretamente, o patrimônio cultural e natural mencionados nos Artigos 1 e 2 que esteja situado no território de outros Estados-Partes nesta Convenção.

Artigo 7

Para os fins da presente Convenção, entender-se-á por proteção internacional do patrimônio mundial, cultural e natural o estabelecimento de um sistema de cooperação e assistência internacional destinado a secundar os Estados-Partes na Convenção nos esforços que desenvolvam no sentido de preservar e identificar esse patrimônio.

III - Comitê Intergovernamental da Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural

Artigo 8

1. Fica criado junto à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, um Comitê Intergovernamental da Proteção do Patrimônio Cultural e Natural de Valor Universal Excepcional, denominado "o Comitê do Patrimônio Mundial". Compôr-se-á de 15 (quinze) Estados-Partes nesta Convenção, eleitos pelos Estados na Convenção reunidos em Assembléia-Geral durante as sessões ordinárias da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. O número dos Estados-Membros do Comitê será aumentado para 21 (vinte e um) a partir da sessão ordinária da Conferência Geral que se seguir à entrada em vigor, para 40 (quarenta) ou mais Estados, da presente Convenção.

2. A eleição dos membros do Comitê deverá garantir uma representação eqüitativa das diferentes regiões e culturas do mundo.

3. Assistirão às reuniões do Comitê, com voto consultivo, um representante do Centro internacional de Estudos para a Conservação e Restauração dos Bens Culturais (Centro de Roma), um representante do Conselho Internacional de Monumentos e Lugares de Interesse Artístico e Histórico (ICOMOS) e um representante da União Internacional para a Conservação da Natureza e de seus Recursos (UICN), aos quais poderão juntar-se, a pedido dos Estados-Partes reunidos em Assembléia-Geral durante as sessões ordinárias da Conferência Geral da Organização das

Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, representantes de outras organizações intergovernamentais ou não governamentais que tenham objetivos semelhantes.

[...]

Artigo 11

1. Cada um dos Estados-Partes na presente Convenção apresentará, na medida do possível, ao Comitê do Patrimônio Mundial, um inventário dos bens do patrimônio cultural e natural situados em seu território, que possam ser incluídos na lista mencionada no parágrafo 2 do presente artigo. Esse inventário, que não será considerado como exaustivo, deverá conter documentação sobre o local onde estão situados esses bens e sobre o interesse que apresentem.

2. Com base no inventário apresentado pelos Estados, em conformidade com o parágrafo 1, o Comitê organizará, manterá em dia e publicará, sob o título de "Lista do Patrimônio Mundial", uma lista dos bens do patrimônio cultural e natural, tais como definidos nos Artigos 1 e 2 da presente Convenção, que considere como tendo valor universal excepcional segundo os critérios que haja estabelecido. Uma lista atualizada será distribuída pelo menos uma vez em cada dois anos.

3. A inclusão de um bem na Lista do Patrimônio Mundial não poderá ser feita sem o consentimento do Estado interessado. A inclusão de um bem, situado num território que seja objeto de reivindicação de soberania ou jurisdição por vários Estados, não prejudicará em absoluto os direitos das partes em litígio.

4. O Comitê organizará, manterá em dia e publicará, quando o exigirem as circunstâncias, sob o título de "Lista do Patrimônio Mundial em Perigo", uma lista dos bens constantes da Lista do Patrimônio Mundial, para cuja salvaguarda sejam necessários grandes trabalhos e para os quais haja sido pedida assistência, nos termos da presente Convenção. Nessa lista será indicado o custo aproximado das operações. Em tal lista somente poderão ser incluídos os bens do patrimônio cultural e natural que estejam ameaçados de perigos sérios e concretos, tais como ameaça de desaparecimento devido a degradação acelerada, projetos de grandes obras públicas ou privadas, rápido desenvolvimento urbano e turístico, destruição devida a mudança de utilização ou de propriedade de terra, alterações profundas devidas a uma causa desconhecida, abandono por quaisquer razões, conflito armado que haja irrompido ou ameace irromper, catástrofes e cataclismos, grandes incêndios, terremotos, deslizamentos de terreno, erupções vulcânicas, alteração do nível das águas, inundações e maremotos. Em caso de urgência, poderá o Comitê, a qualquer tempo, incluir novos bens na Lista do Patrimônio Mundial e dar a tal inclusão uma difusão imediata.

5. O Comitê definirá os critérios com base nos quais um bem do patrimônio cultural ou natural poderá ser incluído em uma ou outra das listas mencionadas nos parágrafos 2 e 4 do presente Artigo.

6. Antes de recusar um pedido de inclusão de um bem numa das duas listas mencionadas nos parágrafos 2 e 4 do presente artigo, o Comitê consultará o Estado-Parte em cujo território se encontrar o bem do patrimônio cultural ou natural em causa.

7. O Comitê, com a concordância dos Estados interessados, coordenará e estimulará os estudos e pesquisas necessários para a composição das listas mencionadas nos parágrafos 2 e 4 do presente Artigo.

Artigo 12

O fato de que um bem do patrimônio cultural ou natural não haja sido incluído numa ou outra das duas listas mencionadas nos parágrafos 2 e 4 do Artigo 11 não significará, em absoluto, que ele não tenha valor universal

excepcional para fins distintos dos que resultam da inclusão nessas listas.

Artigo 13

1. O Comitê do Patrimônio Mundial receberá e estudará os pedidos de assistência internacional formulados pelos Estados-Partes na presente Convenção no que diz respeito aos bens do patrimônio cultural e natural situados em seus territórios, que figurem ou sejam suscetíveis de figurar nas listas mencionadas nos parágrafos 2 e 4 do Artigo 11. Esses pedidos poderão ter por objeto a proteção, a conservação, a revalorização ou a reabilitação desses bens.

2. Os pedidos de assistência internacional em conformidade com o parágrafo 1 do presente artigo poderão também ter por objeto a identificação dos bens do patrimônio cultural e natural definidos nos Artigos 1 e 2 quando as pesquisas preliminares demonstrarem que merecem ser prosseguidas.

3. O Comitê decidirá sobre tais pedidos, determinará, quando for o caso, a natureza e a amplitude de sua assistência e autorizará a conclusão, em seu nome, dos acordos necessários com o Governo interessado.

4. O Comitê estabelecerá uma ordem de prioridade para suas intervenções. Fá-lo-á tomando em consideração a importância respectiva dos bens a serem salvaguardados para o patrimônio cultural e natural, a necessidade de assegurar a assistência internacional aos bens mais representativos da natureza ou do gênio e a história dos povos do mundo, a urgência dos trabalhos que devem ser empreendidos, a importância dos recursos dos Estados em cujo território se achem os bens ameaçados e, em particular, a medida em que esses poderiam assegurar a salvaguarda desses bens por seus próprios meios.

5. O Comitê organizará, manterá em dia e difundirá uma lista dos bens para os quais uma assistência internacional houver sido fornecida.

6. O Comitê decidirá sobre a utilização dos recursos do Fundo criado em virtude do disposto no Artigo 15 da presente Convenção. Procurará os meios de aumentar-lhe os recursos e tomará todas as medidas que para tanto se fizerem necessárias. [...]

[...]

IV - Fundo para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural

Artigo 15

1. Fica criado um Fundo para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de Valor Universal Excepcional, denominado "o Fundo do Patrimônio Mundial".

2. O Fundo será constituído como fundo fiduciário, em conformidade com o Regulamento Financeiro da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

3. Os recursos do Fundo serão constituídos:

a) pelas contribuições obrigatórias e pelas contribuições voluntárias Estados-Partes na presente Convenção;

b) pelas contribuições, doações ou legados que possam fazer:

I) outros Estados;

II) a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, as outras organizações do sistema das Nações Unidas, notadamente o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas e outras Organizações intergovernamentais, e

III) órgãos públicos ou privados ou pessoas físicas;

c) por quaisquer juros produzidos pelos recursos do Fundo;

d) pelo produto das coletas e pelas receitas oriundas de manifestações realizadas em proveito do Fundo, e

e) por quaisquer outros recursos autorizados pelo Regulamento do Fundo, a ser elaborado pelo Comitê do Patrimônio Mundial.

4. As contribuições ao Fundo e as demais formas de assistência fornecidas ao Comitê somente poderão ser destinadas aos fins por ele definidos. O Comitê poderá aceitar contribuições destinadas a um determinado programa ou a um projeto concreto, contanto que o Comitê haja decidido pôr em prática esse programa ou executar esse projeto. As contribuições ao Fundo não poderão ser acompanhadas de quaisquer condições políticas.

Artigo 16

1. Sem prejuízo de qualquer contribuição voluntária complementar, os Estados-Partes na presente Convenção comprometem-se a pagar regularmente, de dois em dois anos, ao Fundo do Patrimônio Mundial, contribuições cujo montante, calculado segundo uma percentagem uniforme aplicável a todos os Estados, será decidido pela Assembléia-Geral dos Estados-Partes na Convenção, reunidos durante as sessões da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Essa decisão da Assembléia-Geral exigirá a maioria dos Estados-Partes presentes votantes que não houverem feito a declaração mencionada no parágrafo 2 do presente Artigo. Em nenhum caso poderá a contribuição obrigatória dos Estados-Partes na Convenção ultrapassar 1 % (um por cento) de sua contribuição ao Orçamento Ordinário da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

2. Todavia, qualquer dos Estados a que se refere o Artigo 31 ou O Artigo 32 da presente Convenção poderá, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação ou adesão, declarar que não se obriga pelas disposições do parágrafo 1 do presente Artigo.

3. Um Estado-Parte na Convenção que houver feito a declaração a que se refere o parágrafo 2 do presente Artigo poderá, a qualquer tempo retirar dita declaração mediante notificação ao Diretor-Geral da Organização das Nações para a Educação, a Ciência e a Cultura. No entanto, a retirada da declaração somente terá efeito sobre a contribuição obrigatória devida por esse Estado a partir da data da Assembléia-Geral dos Estados-Partes que se seguir a tal retirada.

4. Para que o Comitê esteja em condições de prever suas operações de maneira eficaz, as contribuições dos Estados-Partes na presente Convenção que houverem feito a declaração mencionada no parágrafo 2 do presente Artigo terão de ser entregues de modo regular, pelo menos de dois em dois anos, e não deverão ser inferiores às contribuições que teriam de pagar se tivessem se obrigado pelas disposições do parágrafo 1 do presente Artigo.

5. Um Estado-Parte na Convenção que estiver em atraso no pagamento de sua contribuição obrigatória ou voluntária, no que diz respeito ao ano em curso e ao ano civil imediatamente anterior, não é elegível para o Comitê do Patrimônio Mundial, não se aplicando esta disposição por ocasião da primeira eleição. Se tal Estado já for membro do Comitê, seu mandato se extinguirá no momento em que se realizem as eleições previstas no Artigo 8, parágrafo 1, da presente Convenção.

[...]

V - Condições e Modalidades da Assistência Internacional

Artigo 19

Qualquer Estado-Parte na presente Convenção poderá pedir uma assistência internacional em favor de bens do patrimônio cultural ou natural de valor universal excepcional, situados em seu território.

Deverá juntar a seu pedido os elementos de informação e os documentos previstos no Artigo 21 de que dispuser e de que o Comitê tenha necessidade para tomar sua decisão.

Artigo 20

Ressalvadas as disposições do parágrafo 2 do Artigo 13, da alínea "c" do Artigo 22, e do Artigo 23, a assistência internacional prevista pela presente Convenção somente poderá ser concedida a bens do patrimônio cultural e natural que o Comitê do Patrimônio Mundial haja decidido ou decida fazer constar numa das listas mencionadas nos parágrafos 2 e 4 do Artigo 11.

[...]

Artigo 22

A assistência prestada pelo Comitê do Patrimônio Mundial poderá tomar as seguintes formas:

- a) estudos sobre os problemas artísticos, científicos e técnicos levantados pela proteção, conservação, revalorização e reabilitação do patrimônio cultural e natural, tal como definido nos parágrafos 2 e 4 do Artigo 11 da presente Convenção;
- b) serviços de peritos, de técnicos e de mão-de-obra qualificada para velar pela boa execução do projeto aprovado;
- c) formação de especialistas de todos os níveis em matéria de identificação, proteção, observação, revalorização e reabilitação do patrimônio cultural e natural;
- d) fornecimento do equipamento que o Estado interessado não possua ou não esteja em condições de adquirir;
- e) empréstimos a juros reduzidos, sem juros, ou reembolsáveis a longo prazo;
- f) concessão, em casos excepcionais e especialmente motivados, de subvenções não reembolsáveis.

[...]

Artigo 25

O financiamento dos trabalhos necessários não deverá, em princípio, incumbir à comunidade internacional senão parcialmente. A participação do Estado que se beneficiar da assistência internacional deverá constituir uma parte substancial dos recursos destinados a cada programa ou projeto, salvo se seus recursos não o permitirem.

[...]

VI - Programas Educativos

Artigo 27

1. Os Estados-Partes na presente Convenção procurarão por todos os meios apropriados, especialmente por programas de educação e de informação, fortalecer a apreciação e o respeito de seus povos pelo patrimônio cultural e natural definido nos Artigos 1 e 2 da Convenção.

2. Obrigar-se-ão a informar amplamente o público sobre as ameaças que pesem sobre esse patrimônio e sobre as atividades empreendidas em aplicação da presente Convenção.

[...]

CAPÍTULO 20º

A CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DOS POVOS 1981

A grande novidade desse documento normativo, aprovado na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, reunida em Nairobi, no Quênia, em junho de 1981, consistiu em afirmar que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como na esfera internacional. Até então, só havia o reconhecimento do direito dos povos à autodeterminação, assentado no artigo 1º de ambos os Pactos Internacionais de 1966. A Carta Africana, na esteira da Declaração Universal dos Direitos dos Povos, aprovada numa conferência realizada em Argel em 1976, vai mais além, e afirma os direitos dos povos à existência enquanto tal (art. 20, *in initio*), à livre disposição de sua riqueza e recursos naturais (art. 21), ao desenvolvimento (art. 22), à paz e à segurança (art. 23) e também à preservação de um meio ambiente sadio (art. 24).

É claro que todos esses direitos coletivos, para serem reconhecidos no plano lógico, mesmo antes de sua vigência efetiva, exigem um mínimo de precisão, não apenas quanto ao sujeito, mas também quanto ao objeto.

O conceito de povo, no direito internacional, ainda não alcançou uma definição consensual. A dificuldade maior para

1. Cf. capítulo 17º, *supra*.

se chegar a tanto consiste em distinguir, com suficiente nitidez, povo de Estado. O direito internacional regula, desde há muito, o reconhecimento oficial de Estados ou de governos, mas ignora ainda um processo formal de reconhecimento da identidade de povos.

Ademais, há uma certa variação terminológica a esse respeito nos documentos internacionais. A Carta das Nações Unidas², por exemplo, abre-se (sob a evidente inspiração da Declaração de Independência dos Estados Unidos³) com a afirmação "nós, os povos das Nações Unidas", sem que se esclareça se as partes nessa convenção são os povos ou as nações. A mesma Carta, em seu artigo 1, 2, inclui entre os propósitos das Nações Unidas desenvolver relações amistosas entre as *nações*, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos *povos*. O termo *povo* aparece também em vários dispositivos da Carta da ONU, no tocante a territórios sem governo próprio e ao sistema internacional de tutela, a saber, no artigo 73 *caput* (territórios "cujos *povos* não tenham atingido a plena capacidade de se governarem a si mesmos"); no mesmo artigo 73, alínea a ("com o devido respeito à cultura dos *povos* interessados") e também na alínea c ("aspirações políticas dos *povos*"); bem como no artigo 80, 1 ("direitos de qualquer Estado ou *povo*"). Nesta última norma, como se vê, está implícito que um povo não se constitui necessariamente em Estado, embora possa ser titular de direitos.

Em outros tratados, fala-se de *grupos* ou *minorias*. É o caso dos artigos 5º, alínea 1, e 27 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966: "nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, etc."

2. Cf. capítulo 12º, *supra*.

3. Cf. capítulo 4º.

Para efeitos hermenêuticos, a regra mais prudente é considerar o termo *povo* como uma *context-dependent notion*, como propôs um autor⁴.

Efetivamente, o vocábulo pode assumir três sentidos distintos, conforme o contexto da proposição normativa: ele pode significar toda a população de uma colônia ou território ocupado; a totalidade dos cidadãos de determinado Estado; ou um grupo minoritário deste, com as características que a doutrina empresta à noção de minoria no texto do artigo 27 do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966⁵, a saber, um grupo social numericamente inferior, mas não politicamente dominante, dotado de características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, nitidamente diversas do restante da população.

Ora, em todas essas três acepções, o povo - quando tomado separadamente do Estado no qual se inclui, ou oposto ao governo que o representa - não é uma unidade jurídica autônoma, ou seja, não tem personalidade, e isto põe um problema sério de representatividade. Se se reconhecem direitos subjetivos ao povo, distintamente considerado, e se este não é organizado autonomamente como pessoa, quem terá legitimidade para exercer tais direitos? No conjunto das instituições jurídicas existentes, deve ser lembrada a figura da *substituição*, assim denominada por uma certa doutrina⁶, consistente no fato de que a ordem jurídica, em determinadas hipóteses de ausência de representação formal, autoriza alguém a exercer, em seu próprio nome, direitos e pretensões pertencentes a outrem⁷. É, por exemplo, o caso das *class actions* ou *derivative actions* do direito

4. O Professor James Crawford, da Universidade de Sidney, na obra coletiva por ele organizada *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 165 e s.

5. Vejam-se os comentários ao artigo 27 do Pacto, no capítulo 17^o *supra*.

6. Para uma Visão geral do instituto, cf. Francesco Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, 3^a ed., Roma, Foro Italiano, 1951, p. 186-7.

7. Cf. o meu estudo *O reconhecimento de direitos coletivos na esfera internacional*, publicado em *O Direito Internacional no Terceiro Milênio - estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*, organização de Luiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca, São Paulo, LTr. 1998, p. 643 e s.

norte-americano. O Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto Internacional de 1966 sobre Direitos Cívicos e Políticos, admite, em determinadas circunstâncias, que terceiros lhe apresentem denúncias por conta de indivíduos cujos direitos foram violados⁸. O mesmo mecanismo deveria ser instituído para o exercício de um direito do povo, na esfera internacional.

Dos direitos dos povos, declarados nos artigos 19 e seguintes da Carta Africana, não consta o de manter a própria identidade cultural, ou seja, o *direito à diferença*. Ele já fora, no entanto, afirmado pela Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, aprovada pela UNESCO em 27 de novembro de 1978: "Todos os povos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tais".

O direito à existência, afirmado no artigo 20, deve ser cuidadosamente distinguido do direito à autodeterminação. Este é meramente político, enquanto aquele é o primeiro e mais fundamental dos direitos dos povos: o de não ser vítima de ações genocidas⁹.

Muito controvertido é o direito ao desenvolvimento, declarado no artigo 22¹⁰. A proposta para o reconhecimento desse direito foi feita pela primeira vez em artigo doutrinário em 1972¹¹. A Assembléia Geral das Nações Unidas, em uma Declaração de 4 de dezembro de 1986 (AÍRES/41/128), "reconhecendo que o desenvolvimento é um amplo processo econômico, social, cultural e político, que objetiva a melhoria

constante do bem-estar de toda uma população e de todos os indivíduos, na base de sua participação ativa, livre e consciente no desen-

8. Regras de Procedimento do Comitê de Direitos Humanos, art. 9º, 6.

9. Cf. capítulo 14º, supra.

10. Sobre o assunto, cf. Nanni Rojas-Albonico, *Le droit au développement comme droit de l'homme*, Peter Lang, 1984; Roland Rich, *The Right to Development A Right of Peoples?*, in *The Rights of Peoples*, org, John Crawford, cit., p. 39 e 5.

11. K. M'Baya, *Le droit au développement comme un Droit de l'Homme*, em *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, p. 503 e s.

volvimento e na justa distribuição dos benefícios dele resultantes", afirmou que "o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, por força do qual todas as pessoas humanas e todos os povos estão autorizados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele fruir, desenvolvimento no qual todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados" (art. 1). Não se pode deixar de notar, aí, o vício lógico consistente em fazer entrar o objeto definido na própria definição.

De qualquer modo, já se estabeleceu um razoável consenso no sentido de que o desenvolvimento é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político.

O elemento econômico consiste no crescimento endógeno e sustentado da produção de bens e serviços. Endógeno, porque fundado nos fatores internos de produção e não, portanto, de modo predominante, em recursos advindos do exterior. Crescimento sustentado, porque não obtido com a destruição dos bens insubstituíveis, constituintes do ecossistema.

O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação, o direito de fruição dos bens culturais.

Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessaria mente, um elemento político, que é a chave de abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício. Pode-se, pois, justificar a ausência, na Carta Africana, da declaração do direito dos povos à democracia, desde que se sustente que ele é o componente político indispensável de um verdadeiro direito ao desenvolvimento.

Ora, assim definido, o direito dos povos ao desenvolvimento suscita sérios problemas de realização efetiva, ligados à identificação do sujeito passivo e à especificação de garantias.

Se se admite que o processo desenvolvimentista não é o resultado natural do livre jogo das forças do mercado, mas deve ser planejado e dirigido pelos Poderes Públicos, com a participação de todo o povo, parece óbvio que o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, primariamente, contra o Estado, entendido como o conjunto dos órgãos de governo. Ora, para que isto possa ocorrer, é mister que a Constituição dote o povo de um sistema de representação próprio, diverso daquele que conduz ao preenchimento regular dos órgãos governamentais - o Legislativo e o Executivo -, pois estes não podem ser, ao mesmo tempo,

sujeitos passivos da relação jurídica e representantes do sujeito ativo.

É aí que surge a primeira grande dificuldade: o modelo clássico da organização constitucional dos Estados não prevê esse tipo de representação popular. A velha constituição política de Roma conhecia, no entanto, na pessoa do tribuno da plebe, uma espécie de representação assemelhada. A *tribunitia potestas* desse representante substituto consistia em defender, originalmente, apenas os plebeus e posteriormente todo o povo romano contra os magistrados, isto é, os agentes políticos dotados de poder coercitivo ou *imperium*. Sucede que em vários Estados contemporâneos existe um Ministério Público autônomo, não dependente do Governo, e capaz, por isso mesmo, de ter suas atribuições constitucionais ampliadas, a fim de atuar em nome do povo contra o Governo. Nada impede, em tese, que alguns membros do Ministério Público sejam eleitos pelo povo, especialmente para o exercício dessa função de cunho político.

A segunda grande dificuldade para a efetivação de um direito ao desenvolvimento reside na ausência quase completa de mecanismos jurídicos de garantia. Já foi assinalado nesta obra que a vigência de um direito humano não depende da existência de institutos destinados a garantir a sua realização¹². As garantias são um elemento adjetivo e não substantivo dos direitos. Já foi lembrado que a ordenação jurídica privada conhece, há muitos séculos, as chamadas obrigações naturais, cujo cumprimento não pode ser exigido em juízo, em razão por exemplo da prescrição (perda da pretensão de cobrança, pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo), mas que não deixam de ser por isso obrigações jurídicas; de tal sorte que, se o devedor natural pagar voluntariamente o que deve, não poderá reaver o que pagou, uma vez que o pagamento era efetivamente devido.

Pois bem, o mesmo se deve dizer, aqui, do direito dos povos ao desenvolvimento: a ausência de garantias jurídicas organizadas não o transforma em mera aspiração política. Pode-se, contudo, apontar para uma solução jurídica por assim dizer natural do problema da ausência de garantias. Se, como se viu, o desenvolvimento se realiza através de políticas públicas ou programas de ação governamental, nada mais lógico do que criar mecanismos para o controle judicial de políticas públicas, à luz do direito ao desenvolvimento, analogamente ao que ocorre, de há muito, com o controle judicial da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

Voltando agora à questão do sujeito passivo, não há negar que o processo de desenvolvimento, pelo menos em seu componente econômico, pode ser substancialmente paralisado pela ação de Estados estrangeiros, no plano internacional. O artigo 21 nos fornece um exemplo de ação predatória nesse sentido, ao afirmar o direito dos povos à livre disposição de sua riqueza e recursos naturais, e o direito a recobrar esses bens de que foram espoliados, ou a receberem uma indenização

corres-

12. Cf. os comentários ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no capítulo 17^o, supra.

pondente. Outros exemplos de ação internacional, inibidora do desenvolvimento, são as políticas de bloqueio econômico, os de aviltamento concertado do preço de matérias-primas exportadas pelos países subdesenvolvidos. O mesmo se diga, conforme as circunstâncias, da cobrança de dívidas externas manifestamente lesivas às economias dos

países devedores, ou ao Sistema de propriedade intelectual e garantia de know-how tecnológico, o qual beneficia exclusivamente os países ricos¹³. O progresso na defesa do direito dos povos ao desenvolvimento passa, portanto, pelo estabelecimento de mecanismos internacionais de controle e repressão dessas práticas. As Nações Unidas constituem-se, inegavelmente, no foro legítimo para a organização desses mecanismos, comportando um procedimento *jus to* e sanções adequadas.

O direito à paz e à segurança, tanto no plano interno quanto no internacional, previsto no artigo 23, é outro exemplo de direito cuja existência supõe a prévia definição de seu objeto. A Carta Africana, porém, em vez de apresentar as necessárias precisões nessa matéria, limita-se a indicar, na alínea 2, alguns casos de abuso individual. Teria sido mais eficaz, para reforçar o alcance desse dispositivo, indicar no plano interno a ligação essencial entre a segurança e o regime democrático, e impor, para a preservação da paz externa, mecanismos de controle do comércio de armamentos, bem como de inspeção internacional sobre os gastos militares, com a obrigação incondicional de se recorrer à arbitragem em caso de conflito.

Em seu relatório sobre o desenvolvimento humano de 1994, as Nações Unidas enfatizaram que a paz internacional integrase, necessariamente, num amplo contexto de segurança: econômica, alimentar, sanitária, ecológica, pessoal, comunitária e política¹⁴. E uma boa advertência sobre o caráter solidário dos

13. Veja-se a esse respeito, no capítulo seguinte desta obra, a alteração introduzida na Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, por um Acordo posterior.

14. *Human Development Report 1994*, capítulo segundo.

direitos humanos, fundados que são na unidade da pessoa como fonte de todos os valores.

A Carta Africana é a primeira convenção internacional a afirmar o direito dos povos à preservação do equilíbrio ecológico (art. 24). Refutando de antemão uma objeção freqüentemente feita ao reconhecimento desse direito, a Carta o apresenta como condição do desenvolvimento nacional: ou seja, adota a tese do desenvolvimento sustentado¹⁵. Também aqui, o estabelecimento de mecanismos jurídicos de garantia de realização desse direito é uma questão crucial. Convém aduzir, no entanto, que a simples afirmação solene de um direito dessa espécie, em convenção internacional, não é sem importância para suscitar, entre os povos, o "sentimento jurídico" (o *Rechtsgefühl* dos alemães) dessa exigência, independentemente da constituição de garantias adequadas no ordenamento positivo dos diferentes Estados.

O capítulo consagrado aos deveres, na Carta Africana, tem a sua razão de ser na profunda desestruturação social que o colonialismo provocou nos povos do continente. De um lado, a organização familiar tradicional viu-se desautorizada pelos colonizadores, sem que os africanos estivessem preparados para adotar o padrão ocidental de família monogâmica. De outro lado, o recorte territorial arbitrário das antigas colônias, desrespeitando a realidade étnica, tornou frágeis as bases da identidade nacional nos diferentes países cuja independência foi proclamada na segunda metade do século XX.

O Texto
(Excertos)¹⁶

[...]

15. Cf., infra, capítulo 22º.

16. Tradução do original inglês pelo autor.

PARTE 1

Direitos e Deveres

[...]

Artigo 19

Todos os povos são iguais; eles devem gozar do mesmo respeito e ter os mesmos direitos. Nada justifica a dominação de um povo sobre Outro.

Artigo 20

1. Todos os povos têm direito à existência. Eles têm o direito inquestionável e inalienável à autodeterminação. Eles devem determinar livremente seu status político e realizar seu desenvolvimento econômico e social, de acordo com a política que livremente escolherem.

2. Os povos colonizados e oprimidos têm o direito de se libertarem dos vínculos da dominação, pelo recurso a todos os meios reconhecidos pela comunidade internacional.

3. Todos os povos têm direito à assistência dos Estados-Partes da presente Carta, em sua luta contra a dominação estrangeira, seja ela política, econômica ou cultural.

Artigo 21

1. Todos os povos disporão livremente de sua riqueza e de seus recursos naturais. Este direito será exercido no interesse exclusivo do povo. Em caso algum será um povo dele privado.

2. Em caso de espoliação, o povo despojado terá o direito de recobrar juridicamente a sua propriedade, além de fazer jus a uma indenização adequada.

3. A livre disposição da riqueza e dos recursos naturais será exercida sem prejuízo da obrigação de se promover a cooperação econômica internacional, baseada no mútuo respeito, no intercâmbio equitativo e nos princípios do direito internacional.

4. Os Estados-Partes da presente Carta exercerão, individual ou coletivamente, o direito de livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais, com vistas a fortalecer a unidade e a solidariedade africanas.

5. Os Estados-Partes da presente Carta comprometem-se a eliminar todas as formas de exploração econômica estrangeira, particularmente aquela praticada pelos monopólios internacionais, de modo a capacitar seus povos ao aproveitamento integral das vantagens derivadas de seus recursos naturais.

Artigo 22

1. Todos os povos têm direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural, no devido respeito à sua liberdade e identidade, e na igual fruição da herança comum da humanidade.

2. Os Estados têm o dever de assegurar, individual ou coletivamente, o exercício do direito ao desenvolvimento.

Artigo 23

1. Todos os povos têm direito à paz e à segurança, no plano nacional e internacional. Os princípios da solidariedade e das relações amistosas, implicitamente afirmados pela Carta das Nações Unidas e

reafirmados pela Carta da Organização da Unidade Africana, regeirão as relações entre os Estados.

2. Com o objetivo de fortalecer a paz, a solidariedade e as relações amistosas, os Estados-Partes da presente Carta assegurarão que:

a) Todo indivíduo que goze do direito de asilo, conforme o artigo 12 da presente Carta, não se envolverá em atividades subversivas contra seu país de origem, ou contra qualquer outro Estado-Parte da presente Carta;

b) Seus territórios não serão usados como base para atividades subversivas ou terroristas contra o povo de qualquer outro Estado-Parte da presente Carta.

Artigo 24

Todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório, que favoreça seu desenvolvimento.

[...]

Capítulo II

Deveres

Artigo 27

1. Todo indivíduo tem deveres em relação à sua família e sociedade, ao Estado e outras comunidades juridicamente reconhecidas, bem como em relação à comunidade internacional.

2. Os direitos e liberdades de cada indivíduo devem ser exercidos com o devido respeito aos direitos dos outros, da segurança coletiva, da moralidade e do interesse comum.

Artigo 28

Todo indivíduo tem o dever de respeitar e tratar os demais seres humanos sem discriminação, e de manter relações tendentes a promover salvaguardar e reforçar o mútuo respeito e a tolerância.

Artigo 29

O indivíduo tem também o dever:

1. De preservar o desenvolvimento harmônico da família e de obrar no sentido de sua coesão e respeito; de respeitar seus pais em todos os momentos, de sustentá-los em caso de necessidade;

2. De pôr suas aptidões físicas e intelectuais a serviço de sua comunidade nacional;

3. De não comprometer a segurança do Estado, do qual é nacional ou no qual reside;

4. De preservar e reforçar a solidariedade social e nacional, particularmente quando esta última é ameaçada;

5. De preservar e reforçar a independência nacional e a integridade territorial do seu país, bem como de contribuir para a sua defesa de acordo com a lei;

6. De trabalhar do melhor modo, na medida de sua aptidão e competência, e de pagar os tributos impostos pela lei no interesse da sociedade;

7. De preservar e fortalecer os valores culturais positivos dos povos africanos, em suas relações com os outros membros da sociedade, num espírito de tolerância, diálogo e mútua consulta, bem como, de modo geral, de contribuir à promoção do bem-estar moral da sociedade;

8. De contribuir, na medida de suas aptidões, a todo momento e em todos os níveis, à promoção e aperfeiçoamento da unidade africana.

[...]

CAPÍTULO 21º

A CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DO MAR 1982

Dez anos após a assinatura da Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, a Convenção sobre o Direito do Mar, assinada em 10 de dezembro de 1982 em Montego Bay, na Jamaica, volta a afirmar a existência de direitos fundamentais da humanidade, desta vez sobre os mares e oceanos. É a comunhão de interesses de todos os seres humanos, de um lado, na exploração e aproveitamento dos fundos marinhos e oceânicos e seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional de cada país; de outro lado, a comunhão na conservação dos recursos vivos, na proteção e preservação do meio marinho. Atinge-se, assim, o quarto estágio na ampliação da titularidade subjetiva dos direitos humanos, tendo-se passado, historicamente, da proteção dos indivíduos (os direitos civis e políticos) à dos grupos sociais carentes no interior de cada Estado (os direitos econômicos, sociais e culturais), avançando-se em seguida para a proteção dos povos e, finalmente, para a afirmação de direitos fundamentais de toda a humanidade.

O texto da Convenção sobre o Direito do Mar, com 319 artigos e 8 anexos, é o mais longo de toda a história do direito internacional.

O reconhecimento de que o leito do mar, os fundos marinhos e seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional (a "Área"), constituem patrimônio da humanidade (art. 136) inscreve-se numa perspectiva claramente solidária, pois não de ser levados na devida conta, de modo particular. "os interesses e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, quer costeiros quer sem litoral", como se declara no preâmbulo da Convenção.

Ademais, no sistema convencional foram levados em consideração, especialmente, os interesses dos países subdesenvolvidos.

Nessa perspectiva de solidariedade internacional, a Convenção sobre o Direito do Mar é notável por duas razões.

Ela criou, pela primeira vez na história, uma organização mundial de exploração econômica de recursos naturais, em benefício de toda a humanidade. Os recursos minerais sólidos, líquidos ou gasosos, localizados na área marinha além dos limites da jurisdição de cada Estado (arts. 150 e s.) foram assim subtraídos ao sistema de exploração capitalista e à possibilidade de apropriação por algum Estado em particular.

Ademais, a Convenção sobre o Direito do Mar foi o primeiro documento normativo internacional a reconhecer na tecnologia o principal fator de produção dos tempos modernos (veja-se a respeito o art. 144). Na economia moderna, o que conta, antes de tudo, não é a disponibilidade de mão-de-obra nem de bens materiais a serem investidos na produção. mas sim a disponibilidade de saber tecnológico. É esse saber, que representa hoje o grande capital - em ambas as suas dimensões, de bem econômico e de instrumento de dominação social -, acha-se cada vez mais concentrado em macroempresas transnacionais, sediadas nos países mais desenvolvidos do planeta.

Foi por essas razões que alguns países, a começar pelos Estados Unidos, recusaram-se a assinar a Convenção.

Essa resistência das grandes potências capitalistas à Convenção fez com que ela somente entrasse em vigor no final de 1994, mais exatamente em 16 de novembro daquele ano. Nesse momento, o bloco comunista da Europa Oriental já havia desaparecido há cinco anos,

desequilibrando-se com isso a composição do Conselho, órgão executivo da Autoridade (vejam-se os arts. 161 e 162 da Convenção), onde estavam reservados lugares fixos a "Estados da região da Europa Oriental (Socialista)".

Decidiu-se, então, aprovar um "Acordo relativo à aplicação da Parte XI da Convenção", a mais importante de todo tratado, por se referir justamente à "Área", isto é, "o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional" (art. 1, 1, 1) da Convenção. Esse Acordo entrou em vigor no plano internacional em 28 de julho de 1996.

No preâmbulo do Acordo, com o óbvio intuito de tranquilizar os espíritos, reafirma-se que os "fundos marinhos e seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional ("a Zona") e os recursos da Zona são patrimônio comum da humanidade". Declara mais, porém, o preâmbulo, em hábil eufemismo, que os Estados-Partes tomam consciência das "mudanças políticas e econômicas, inclusive as orientações fundadas na economia de mercado, que interessam à aplicação da Parte XI", para acrescentar que eles desejam "facilitar uma participação universal à Convenção".

Em seu art. 2º, o Acordo dispõe que as suas normas e as da Parte XI da Convenção "devem ser interpretadas e aplicadas em conjunto, como um só e mesmo instrumento". Todavia, em caso de incompatibilidade entre as disposições do Acordo e as da Parte XI da Convenção, prevalecerão as primeiras.

No Anexo que faz parte integrante do Acordo, dispõe-se (Seção 1. item 2) que, "a fim de reduzir ao mínimo os custos a cargo dos Estados-Partes, todos os órgãos (principais), bem como os órgãos subsidiários (da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos), que devam ser criados em aplicação da Convenção e do presente Acordo, devem funcionar num regime de estrita economia" (em inglês, *_shall _he _cost-effective*).

Determina, igualmente, o mesmo Anexo (Seção 2. itens 1 e 2) que o Secretariado da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos exercerá as funções da Empresa (art. 170 da Convenção), enquanto esta não estiver em condições de operar de forma autônoma. Dispõe, também, que as primeiras operações de exploração dos recursos dos fundos marinhos serão feitas por meio de *_joint _ventures*, devendo-se seguir sempre "os princípios de uma sábia gestão comercial" (*_sound _commercial _principies*).

O Acordo modificou a composição original do Conselho, tal como prevista no art. 161 da Convenção, tendo em vista o desaparecimento do bloco de Estados comunistas da Europa Oriental.

Finalmente, quanto à transferência de tecnologia aos países subdesenvolvidos, determinou o Acordo (seção 5) que "a Empresa e os Estados em desenvolvimento, que desejarem adquirir as técnicas de exploração minerária dos fundos marinhos, devem esforçar-se para adquiri-las segundo as modalidades e condições comerciais justas e razoáveis no mercado livre, ou por meio de acordos de *_joint _venture*"; o que significa, obviamente, impedir na prática essa transferência de tecnologia. A fim de salvar as aparências, acrescenta-se que "se a Empresa ou os Estados em desenvolvimento não puderem adquirir as técnicas de exploração minerária dos fundos marinhos, a Autoridade poderá solicitar aos contratantes, assim como o Estado ou os Estados que os patrocinam (*_sic: _their _respective _sponsoring _State _or _States*), que cooperem com ela para permitir à Empresa, à sua *_joint _venture*, ou a um ou mais Estados em desenvolvimento que desejem adquirir tais técnicas, de obtê-las mais facilmente segundo as modalidades e condições comerciais justas e razoáveis, compatíveis com a proteção efetiva dos direitos de propriedade intelectual".

Diante disso, como é claro, fica desprovida de qualquer sentido

prático a disposição de que "em regra geral, os Estados-Partes esforçam-se para promover a cooperação científica e técnica internacional, no tocante às atividades desenvolvidas na Zona, seja entre as partes interessadas, seja pela colaboração dos programas de formação, de assistência técnica e de cooperação científica em matéria de ciências e técnicas marinhas e no campo da proteção e da preservação do meio marinho".

O Texto2
(Excertos)

Os Estados-Partes nesta Convenção,
Animados do 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,

[...]

Reconhecendo a conveniência de estabelecer por meio desta Convenção, com a devida consideração pela soberania de todos os Estados, uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos dos mares e oceanos, a utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho,

Tendo presente que a consecução destes objetivos contribuirá para o estabelecimento de uma ordem econômica internacional justa e equitativa, que tenha em conta os interesses e as necessidades da humanidade em geral e, em particular, os interesses e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, quer costeiros quer sem litoral,

Desejando desenvolver pela presente Convenção os princípios consagrados na resolução 2.749 (XXV) de 17 de Dezembro de 1970, na qual a Assembléia Geral das Nações Unidas declarou solenemente, inter alia, que os fundos marinhos e oceânicos e o seu subsolo para além dos limites da jurisdição nacional, bem como os respectivos recursos são património comum da humanidade e que a exploração e o aproveitamento dos mesmos fundos serão feitos em benefício da humanidade em geral, independentemente da situação geográfica dos Estados,

Convencidos de que a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito do mar, alcançados na presente Convenção, contribuirão para o fortalecimento da paz, da segurança, da cooperação e das relações de

2. Os sete países de língua portuguesa, partes na Convenção, decidiram adotar uma tradução comum do texto, a qual não respeitou, por conseguinte, as particularidades ortográficas em vigor em cada um desses países.

amizade entre todas as nações, de conformidade com os princípios de justiça e igualdade de direitos e promoverão o progresso econômico e social de todos os povos do mundo, de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas, tais como enunciados na Carta,

[...]

PARTE I- INTRODUÇÃO

Artigo 1

Termos Utilizados e Âmbito de Aplicação

1. Para efeitos da presente Convenção:
 - 1) "Área" significa o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional;
 - 2) "Autoridade" significa a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos;
 - 3) "Atividades na Área" significa todas as actividades de exploração e aproveitamento dos recursos na Área;

[...]

PARTE VII- DO ALTO MAR

Secção 2 - Conservação e Gestão dos Recursos Vivos do Alto-Mar

[...]

Artigo 117

Dever dos Estados de Tomar em Relação aos seus Nacionais Medidas para a Conservação dos Recursos Vivos do Alto-Mar

Todos os Estados têm o dever de tomar ou de cooperar com outros Estados para tomar as medidas que, em relação aos seus respectivos nacionais, possam ser necessárias para a conservação dos recursos vivos do alto-mar.

Artigo 118

Cooperação entre Estados na Conservação e Gestão dos Recursos Vivos

Os Estados devem cooperar entre si na conservação e gestão dos recursos vivos nas zonas do alto-mar. Os Estados cujos nacionais aproveitam recursos vivos idênticos, ou recursos vivos diferentes situados na mesma zona, efectuarão negociações para tomar as medidas necessárias à conservação de tais recursos vivos. Devem cooperar, quando apropriado, para estabelecer organizações sub-regionais ou regionais de pesca para tal fim.

Artigo 119

Conservação dos Recursos Vivos do Alto-Mar

1. Ao fixar a captura permissível e ao estabelecer outras medidas de conservação para os recursos vivos no alto-mar, os Estados devem:

a) tomar medidas, com base nos melhores dados científicos de que disponham os Estados interessados, para preservar ou restabelecer as populações das espécies capturadas a níveis que possam produzir o máximo rendimento constante, determinado a partir de factores ecológicos e económicos pertinentes, incluindo as necessidades especiais dos Estados em desenvolvimento e tendo em conta os métodos de pesca, a interdependência das populações e quaisquer normas mínimas internacionais geralmente recomendadas, sejam elas sub-regionais, regionais ou mundiais.

b) ter em conta os efeitos sobre as espécies associadas às espécies capturadas, ou delas dependentes, a fim de preservar ou restabelecer as populações de tais espécies associadas ou dependentes acima de níveis em que a sua reprodução possa ficar seriamente ameaçada.

2. Periodicamente devem ser comunicados ou trocadas informações científicas disponíveis, estatísticas de captura e de esforço de pesca e outros dados pertinentes para a conservação das populações de peixes,

por intermédio das organizações internacionais competentes, sejam elas sub-regionais, regionais ou mundiais, quando apropriado, e com a participação de todos os Estados interessados.

3. Os Estados interessados devem assegurar que as medidas de conservação e a aplicação das mesmas não sejam discriminatórias, nem de direito nem de facto, para os pescadores de nenhum Estado.

[...]

PARTE XI - AÁREA

Secção 1 - Disposições Gerais

Artigo 133

Termos Utilizados

Para efeitos da presente Parte:

a) "recursos" significa todos os recursos minerais sólidos, líquidos ou gasosos in situ na Área, no leito do mar ou no seu subsolo, incluindo os nódulos polimetálicos;

b) os recursos, uma vez extraídos da Área, são denominados "minerais".

[...]

Secção 2 - Princípios que Regem a Área

Artigo 136

Patrimônio Comum da Humanidade

A Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade.

Artigo 137

Regime Jurídico da Área e dos seus Recursos

1. Nenhum Estado pode reivindicar ou exercer soberania ou direitos de soberania sobre qualquer parte da Área ou seus recursos; nenhum Estado ou pessoa jurídica, singular ou colectiva, pode apropriar-se de qualquer parte da Área ou dos seus recursos. Não serão reconhecidos tal reivindicação ou exercício de soberania ou direitos de soberania nem tal apropriação.

2. Todos os direitos sobre os recursos da Área pertencem à humanidade em geral, em cujo nome actuará a Autoridade. Esses recursos são inalienáveis. No entanto, os minerais extraídos da Área só poderão ser alienados de conformidade com a presente Parte e com as normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade.

3. Nenhum Estado ou pessoa jurídica, singular ou colectiva, poderá reivindicar, adquirir ou exercer direitos relativos aos minerais extraídos da Área, a não ser de conformidade com a presente Parte. De outro modo, não serão reconhecidos tal reivindicação, aquisição ou exercício de direitos.

Artigo 138

Comportamento Geral dos Estados em relação à Área

O comportamento geral dos Estados em relação à Área deve conformar-se com as disposições da presente Parte, com os princípios

enunciados na Carta das Nações Unidas e com outras normas de direito internacional, no interesse da manutenção da paz e da segurança e da promoção da cooperação internacional e da compreensão mútua.

Artigo 139

Obrigações de Zelar pelo Cumprimento e Responsabilidade por Danos

1. Os Estados-Partes ficam obrigados a zelar por que as actividades na Área, realizadas quer por Estados-Partes, quer por empresas estatais ou por pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, que possuam a nacionalidade dos Estados-Partes ou se encontrem sob o controle efectivo desses Estados ou dos seus nacionais, sejam realizadas de conformidade com a presente Parte. A mesma obrigação incumbe às organizações internacionais por actividades que realizem na Área.

2. Sem prejuízo das normas de direito internacional e do art. 22 do Anexo III, os danos causados pelo não-cumprimento por um Estado-Parte ou uma organização internacional das suas obrigações, nos termos da presente Parte, implicam responsabilidade; os Estados-Partes ou organizações internacionais que actuem em comum serão conjunta e solidariamente responsáveis. No entanto, o Estado-Parte não será responsável pelos danos causados pelo não-cumprimento da presente Parte por uma pessoa jurídica a quem esse Estado patrocinou nos termos da alínea b do parágrafo 2º do art. 153 e se o Estado-Parte tiver tomado todas as medidas necessárias e apropriadas para assegurar o cumprimento efectivo do parágrafo 49 do art. 153 e do parágrafo 49 do art. 4 do Anexo III.

3. Os Estados-Partes que sejam membros de organizações internacionais tomarão medidas apropriadas para assegurar a aplicação do presente artigo no que se refere a tais organizações.

Artigo 140

Benefício da Humanidade

1. As actividades na Área devem ser realizadas, nos termos do previsto expressamente na presente Parte, em benefício da humanidade em geral, independentemente da situação geográfica dos Estados, costeiros ou sem litoral, e tendo particularmente em conta os interesses e as necessidades dos Estados em desenvolvimento e dos povos que não tenham alcançado a plena independência ou outro regime de autonomia reconhecido pelas Nações Unidas de conformidade com a resolução 1514 (XV) e com as outras resoluções pertinentes da sua Assembléa Geral.

2. A Autoridade, através de mecanismo apropriado, numa base não discriminatória, deve assegurar a distribuição equitativa dos benefícios financeiros e dos outros benefícios económicos resultantes das actividades na Área, de conformidade com a sub-alínea i) da alínea f) do parágrafo 2º do art. 160.

Artigo 141

Utilização da Área Exclusivamente para Fins Pacíficos

A Área está aberta à utilização exclusivamente para fins pacíficos por todos os Estados, costeiros ou sem litoral, sem discriminação e sem prejuízo das outras disposições da presente Parte.

[...]

Artigo 143

Investigação Científica Marinha

1. A investigação científica marinha na Área deve ser realizada exclusivamente com fins pacíficos e em benefício da humanidade em geral, de conformidade com a Parte XIII.

2. A Autoridade pode realizar investigação científica marinha relativa à Área e seus recursos e celebrar contratos para tal fim. A Autoridade deve promover e impulsionar a realização da investigação científica marinha na Área, coordenar e difundir os resultados de tal investigação e análises, quando disponíveis.

3. Os Estados-Partes podem realizar investigação científica marinha na Área. Os Estados-Partes devem promover a cooperação internacional no campo da investigação científica marinha na Área:

a) participando em programas internacionais e incentivando a cooperação no campo da investigação científica marinha pelo pessoal de diferentes países e da Autoridade;

b) assegurando que os programas sejam elaborados, por intermédio da Autoridade ou de outras organizações internacionais, conforme o caso, em benefício dos Estados em desenvolvimento e dos Estados tecnologicamente menos desenvolvidos, com vista a:

I) fortalecer a sua capacidade de investigação;

II) formar o seu pessoal e o pessoal da Autoridade nas técnicas e aplicações de investigação;

III) favorecer o emprego do seu pessoal qualificado na investigação na Área;

c) difundindo efectivamente os resultados de investigação e análises, quando disponíveis, por intermédio da Autoridade ou de outros canais internacionais, quando apropriado.

Artigo 144

Transferência de Tecnologia

1. De conformidade com a presente Convenção, a Autoridade deve tomar medidas para:

a) adquirir tecnologia e conhecimentos científicos relativos às actividades na Área; e

b) promover e incentivar a transferência de tal tecnologia e conhecimentos científicos para os Estados em desenvolvimento, de modo a que todos os Estados-Partes sejam beneficiados.

2. Para tal fim a Autoridade e os Estados-Partes devem cooperar para promover a transferência de tecnologia e conhecimentos científicos relativos às actividades realizadas na Área de modo a que a Empresa e todos os Estados-Partes sejam beneficiados. Em particular, devem iniciar e promover:

a) programas para a transferência de tecnologia para a Empresa e para os Estados em desenvolvimento no que se refere às actividades na Área, incluindo, inter alia, facilidades de acesso da Empresa e dos Estados em desenvolvimento à tecnologia pertinente em modalidades e condições equitativas e razoáveis;

b) medidas destinadas a assegurar o progresso da tecnologia da Empresa e da tecnologia nacional dos Estados em desenvolvimento e em particular mediante a criação de oportunidades para a formação do pessoal da Empresa e dos Estados em desenvolvimento em matéria de ciência e tecnologia marinhas e para a sua plena participação nas actividades na Área.

Artigo 145

Protecção do Meio Marinho

No que se refere às actividades na Área, devem ser tomadas as

medidas necessárias, de conformidade com a presente Convenção, para assegurar a protecção eficaz do meio marinho contra os efeitos nocivos que possam resultar de tais actividades. Para tal fim, a Autoridade adoptará normas, regulamentos e procedimentos apropriados para, inter alia:

a) prevenir, reduzir e controlar a poluição e outros perigos para o meio marinho, incluindo o litoral, bem como a perturbação do equilíbrio ecológico do meio marinho, prestando especial atenção à necessidade de prestação contra os efeitos nocivos de actividades, tais como a perfuração, dragagem, escavações, lançamento de detritos, construção e funcionamento ou manutenção de instalações, ductos e outros dispositivos relacionados com tais actividades;

b) proteger e conservar os recursos naturais da Área e prevenir danos à flora e à fauna do meio marinho.

Artigo 146

Protecção da Vida Humana

No que se refere às actividades na Área, devem ser tomadas as medidas necessárias para assegurar a protecção eficaz da vida humana. Para tal fim, a Autoridade adoptará normas, regulamentos e procedimentos apropriados que complementem o direito internacional existente tal como consagrado nos tratados sobre a matéria.

[...]

Artigo 148

Participação dos Estados em Desenvolvimento nas Actividades na Área

A participação efectiva dos Estados em desenvolvimento nas actividades na Área deve ser promovida tal como expressamente previsto na presente Parte, tendo em devida conta os seus interesses e necessidades especiais e, em particular, a necessidade especial dos Estados em desenvolvimento sem litoral ou em situação geográfica desfavorecida de superarem os obstáculos resultantes da sua localização desfavorável incluído o afastamento da Área, e a dificuldade de acesso à Área e a partir dela.

Artigo 149

Objectos Arqueológicos e Históricos

Todos os objectos de carácter arqueológico e histórico achados na Área serão conservados ou deles se disporá em benefício da humanidade em geral, tendo particularmente em conta os direitos preferenciais do Estado ou país de origem, do Estado de origem cultural ou do Estado de origem histórica e arqueológica.

Secção 3 - Aproveitamento dos Recursos da Área

Artigo 150

Políticas Gerais Relativas às Actividades na Área

1. As actividades na Área devem ser realizadas tal como expressamente previsto na presente Parte de modo a fomentar o desenvolvimento harmonioso da economia mundial e o crescimento equilibrado do comércio internacional e a promover a cooperação internacional a favor do desenvolvimento geral de todos os países, especialmente dos Estados em desenvolvimento e com vista a assegurar:

a) o aproveitamento dos recursos da Área;

- b) a gestão ordenada, segura e racional dos recursos da Área, incluindo a realização eficiente de actividades na Área e, de conformidade com os princípios de conservação, a evitação de desperdícios desnecessários;
- c) a ampliação das oportunidades de participação em tais actividades, em particular de forma compatível com os arts. 144 e 148;
- d) a participação da Autoridade nas receitas e transferências de tecnologia à Empresa e aos Estados em desenvolvimento, tal como disposto na presente Convenção;
- e) o aumento da disponibilidade dos minerais provenientes da Área, na medida necessária para, juntamente com os obtidos de outras fontes, assegurar o abastecimento aos consumidores de tais minerais;
- f) a formação de preços justos e estáveis, remuneradores para os produtores e razoáveis para os consumidores relativos aos minerais provenientes tanto da Área como de outras fontes e a promoção do equilíbrio a longo prazo entre a oferta e a procura;
- g) maiores oportunidades para que todos os Estados-Partes, independentemente do seu sistema social e económico ou situação geográfica, participem no aproveitamento dos recursos da Área e na prevenção da monopolização das actividades na Área;
- h) a protecção dos Estados em desenvolvimento no que se refere aos efeitos adversos nas suas economias ou nas suas receitas de exportação, resultantes de uma redução no preço de um mineral afectado ou no volume de exportação desse mineral, na medida em que tal redução seja causada por actividades na Área, como previsto no art. 151;
- i) o aproveitamento do património comum em benefício da humanidade em geral; e
- j) que as condições de acesso aos mercados de importação de minerais provenientes dos recursos da Área e de importação de produtos básicos obtidos de tais minerais não sejam mais vantajosas que as de carácter mais favorável aplicadas às importações provenientes de outras fontes.

[...]

Artigo 152

Exercício de Poderes e Funções pela Autoridade

1. A Autoridade deve evitar qualquer discriminação no exercício dos seus poderes e funções, inclusive na concessão de oportunidades para realização de actividades na Área.
2. No entanto, atenção especial pode ser dispensada aos países em desenvolvimento particularmente àqueles sem litoral ou em situação geográfica desfavorecida, em virtude do expressamente previsto na presente Parte.

Artigo 153

Sistema de Exploração e Aproveitamento

1. As actividades na Área devem ser organizadas, realizadas e controladas pela Autoridade em nome da humanidade em geral, de conformidade com o presente artigo, bem como com outras disposições pertinentes da presente Parte e dos anexos pertinentes e as normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade.
2. As actividades na Área serão realizadas de conformidade com o parágrafo 3º:
 - a) pela Empresa; e
 - b) em associação com a Autoridade, por Estados-Partes ou empresas estatais, ou pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, que

POSSuam a nacionalidade de Estados-Partes ou sejam efectivamente controladas por eles ou seus nacionais, quando patrocinadas por tais Estados ou Por qualquer grupo dos anteriores que preencha os requisitos previstos na presente Parte e no Anexo III.

[...]

Secção 4 - A Autoridade Subsecção A - Disposições Gerais

Artigo 156 Criação da Autoridade

1. É criada a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos que funcionará de conformidade com a presente Parte. 2. Todos os Estados-Partes são ipso facto membros da Autoridade.

[...]

4. A Autoridade terá a sua sede na Jamaica.

5. A Autoridade pode criar os centros ou escritórios regionais que julgue necessários para o exercício das suas funções.

Artigo 157 Natureza e Princípios Fundamentais da Autoridade

1. A Autoridade é a organização por intermédio da qual os Estados-Partes, de conformidade com a presente Parte, organizam e controlam as actividades na Área, particularmente com vista à gestão dos recursos da Area.

2. A Autoridade tem os poderes e as funções que lhe são expressamente conferidos pela presente Convenção. A Autoridade terá os poderes subsidiários, compatíveis com a presente Convenção, que sejam implícitos e necessários ao exercício desses poderes e funções no que refere à actividade na Area.

3. A Autoridade baseia-se no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.

4. Todos os membros da Autoridade devem cumprir de boa fé as obrigações contraídas de conformidade com a presente Parte, a fim de se assegurarem a cada um os direitos e benefícios decorrentes da sua qualidade de membro.

Artigo 158 Órgãos da Autoridade

1. São criados, como órgãos principais da Autoridade, uma Assembléia, um Conselho e um Secretariado.

2. É criada a Empresa, órgão por intermédio do qual a Autoridade exercerá as funções mencionadas no parágrafo 1º do art. 170.

3. Podem ser criados, de conformidade com a presente Parte, os órgãos subsidiários considerados necessários.

4. Compete a cada um dos órgãos principais da Autoridade e à Empresa exercer os poderes e funções que lhe são conferidos. No exercício de tais poderes e funções, cada órgão deve abster-se de tomar qualquer medida que possa prejudicar ou impedir o exercício dos poderes e funções específicos conferidos a um outro órgão.

[...]

Subsecção B - A Assembléia

Artigo 159

Composição, Procedimento e Votação

1. A Assembléia é composta por todos os membros da Autoridade. Cada membro tem um representante na Assembléia, o qual pode ser acompanhado por suplentes e assessores.

[...]

Artigo 160

Poderes e Funções

1. A Assembléia, como único órgão da Autoridade composto por todos os seus membros, é considerada o órgão supremo da Autoridade, perante o qual devem responder os outros órgãos principais tal como expressamente previsto na presente Convenção. A Assembléia tem o poder de estabelecer a política geral sobre qualquer questão ou assunto da competência da Autoridade, de conformidade com as disposições pertinentes da presente Convenção.

[...]

Subsecção C - O Conselho

Artigo 161

Composição, Procedimento e Votação

1. O Conselho é composto de 30 membros da Autoridade, eleitos pela Assembléia na seguinte ordem:

a) quatro membros dentre os Estados-Partes que, durante os últimos cinco anos para os quais se disponha de estatísticas, tenham absorvido mais de 2 por cento do consumo mundial total ou efectuado importações líquidas de mais de 2 por cento das importações mundiais totais dos produtos básicos obtidos a partir das categorias de minerais que venham a ser extraídos da Área e, em qualquer caso, um Estado da região da Europa Oriental (Socialista), bem como o maior consumidor;

b) quatro membros dentre os oito Estados-Partes que, directamente ou por intermédio dos seus nacionais, tenham feito os maiores investimentos na preparação e na realização de actividades na Área, incluindo, pelo menos, um Estado da região da Europa Oriental (Socialista);

c) quatro membros dentre os Estados-Partes que, na base da produção nas áreas sob sua jurisdição, sejam grandes exportadores líquidos das categorias de minerais que venham a ser extraídos da Área, incluindo, pelo menos, dois Estados em desenvolvimento, cujas exportações de tais minerais tenham importância substancial para a sua economia;

d) seis membros dentre os Estados-Partes em desenvolvimento, que representem interesses especiais. Os interesses especiais a serem representados devem incluir os dos Estados com grande população, os dos Estados sem litoral ou em situação geográfica defavorecida, os dos Estados que sejam grandes importadores das categorias de minerais que venham a ser extraídos da Área, os dos Estados que sejam produtores potenciais de tais minerais, e os dos Estados menos desenvolvidos;

e) dezoito membros eleitos de modo a assegurar o princípio de uma distribuição geográfica equitativa dos lugares do Conselho no seu conjunto, no entendimento de que cada região geográfica conte, pelo menos, com um membro eleito em virtude da presente alínea. Para tal efeito as regiões geográficas devem ser: África, América Latina, Ásia,

Europa Ocidental e outros Estados, e Europa Oriental (Socialista).

[...]

Artigo 162
Poderes e Funções

1. O Conselho é o órgão executivo da Autoridade. O Conselho tem o poder de estabelecer, de conformidade com a presente Convenção e as políticas gerais estabelecidas pela Assembléia, as políticas específicas a serem seguidas pela Autoridade sobre qualquer questão ou assunto de sua competência.

[...]

Subsecção E - A Empresa

Artigo 170
A Empresa

1. A Empresa é o órgão da Autoridade que realizará directamente as actividades na Area, em aplicação da alínea a) do parágrafo 2º do art. 153, bem como o transporte, o processamento e a comercialização dos minerais extraídos da Área.

2. No quadro da personalidade jurídica internacional da Autoridade, a Empresa terá a capacidade jurídica prevista no Estatuto que figura no Anexo IV. A Empresa agirá de conformidade com a presente Convenção e com as normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade, bem como com as políticas gerais estabelecidas pela Assembléia e estará sujeita às directrizes e ao controle do Conselho.

[...]

PARTE XII - PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO

DO MEIO MARINHO

Secção 1 - Disposições Gerais

Artigo 192
Obrigação Geral

Os Estados têm a obrigação de proteger e preservar o meio marinho.

Artigo 193
Direito de Soberania dos Estados para Aproveitar os seus Recursos Naturais

Os Estados têm o direito de soberania para aproveitar os seus recursos naturais de acordo com a sua política em matéria de meio ambiente e de conformidade com o seu dever de proteger e preservar o meio marinho.

Artigo 194
Medidas para Prevenir, Reduzir e Controlar a Poluição do Meio Marinho

1. Os Estados devem tomar, individual ou conjuntamente, como apropriado, todas as medidas compatíveis com a presente Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio

marinho, qualquer que seja a sua fonte, utilizando para este fim os meios mais viáveis de que disponham e de conformidade com as suas possibilidades e devem esforçar-se por harmonizar as suas políticas a esse respeito.

2. Os Estados devem tomar as medidas necessárias para garantir que as actividades sob sua jurisdição ou controle se efectuem de modo a não causar prejuízos por poluição a outros Estados e ao seu meio ambiente, e que a poluição causada por incidentes ou actividades sob sua jurisdição ou controle não se estenda além das áreas onde exerçam direitos de soberania, de conformidade com a presente Convenção.

3. As medidas tomadas, de acordo com a presente Parte, devem referir-se a todas as fontes de poluição do meio marinho. Estas medidas devem incluir, inter alia, as destinadas a reduzir tanto quanto possível:

a) a emissão de substâncias tóxicas, prejudiciais ou nocivas, especialmente as não degradáveis, provenientes de fontes terrestres, provenientes da atmosfera ou através dela ou por alijamento;

b) a poluição proveniente de embarcações, em particular medidas para prevenir acidentes e enfrentar situações de emergência, garantir a segurança das operações no mar, prevenir descargas intencionais ou não e regulamentar o projecto, construção, equipamento, funcionamento e tripulação das embarcações;

c) a poluição proveniente de instalações e dispositivos utilizados na exploração ou aproveitamento dos recursos naturais do leito do mar e do seu subsolo, em particular medidas para prevenir acidentes e enfrentar situações de emergência, garantir a segurança das operações no mar e regulamentar o projecto, construção, equipamento, funcionamento e tripulação de tais instalações ou dispositivos;

d) a poluição proveniente de outras instalações e dispositivos que funcionem no meio marinho, em particular medidas para prevenir acidentes e enfrentar situações de emergência, garantir a segurança das operações no mar e regulamentar o projecto, construção, equipamento, funcionamento e tripulação de tais instalações ou dispositivos.

4) Ao tomar medidas para prevenir, reduzir ou controlar a poluição do meio marinho, os Estados devem abster-se de qualquer ingerência injustificável nas actividades realizadas por outros Estados no exercício de direitos e no cumprimento de deveres de conformidade com a presente Convenção.

5) As medidas tomadas de conformidade com a presente Parte devem incluir as necessárias para proteger e preservar os ecossistemas raros ou frágeis, bem como o habitat de espécies e outras formas de vida marinha em vias de extinção, ameaçadas ou em perigo.

Artigo 195

Dever de não Transferir Danos ou Riscos ou de não Transformar um Tipo de Poluição em Outro

Ao tomar medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, os Estados devem agir de modo a não transferir directa ou indirectamente os danos ou riscos de uma zona para outra ou não transformar um tipo de poluição em outro.

Artigo 196

Utilização de Tecnologias ou Introdução de Espécies Estranhas ou Novas

1. Os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho resultante da utilização de tecnologias sob sua jurisdição ou controle, ou a introdução intencional ou acidental num sector determinado do meio

marinho de espécies estranhas ou novas que nele possam provocar mudanças importantes e prejudiciais.

2. O disposto no presente artigo não afecta a aplicação da presente convenção no que se refere à prevenção, redução e controle da poluição do meio marinho.

Secção 2 - Cooperação Mundial e Regional

Artigo 197

Cooperação no Plano Mundial ou Regional

Os Estados devem cooperar no plano mundial e, quando apropriado, no plano regional, directamente ou por intermédio de organizações internacionais competentes, na formulação e elaboração de regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados de carácter internacional que sejam compatíveis com a presente Convenção, para a protecção e preservação do meio marinho, tendo em conta as características próprias de cada região.

[...]

CAPÍTULO 22º

A CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA

1992

Assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992, a Convenção entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1993 1.

Ela regula o direito da humanidade à preservação da biosfera, ou seja, da harmonia ambiental do planeta. Trata-se de aplicar, na esfera planetária, o princípio fundamental da solidariedade, tanto na dimensão presente quanto na futura, isto é, solidariedade entre todas as nações, povos e grupos humanos da mesma geração, bem como solidariedade entre a geração atual e as futuras. É evidente que a geração presente tem o dever fundamental de garantir às futuras gerações uma qualidade de vida pelo menos igual à que ela desfruta atualmente. Mas não é menos evidente que esse dever para com as gerações pósteras seria despido de sentido se não se cuidasse de superar, desde agora, as atuais condições de degradação ambiental em todo o planeta, degradação essa que acaba por prejudicar mais intensamente as massas miseráveis dos países subdesenvolvidos.

Efetivamente, a grande injustiça nessa matéria reside no fato de que, embora os grandes poluidores no mundo sejam OS países desenvolvidos, são as nações proletárias que sofrem mais intensamente os efeitos na degradação do meio ambiente. As

1. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998.

emissões anuais de dióxido de carbono (CO) quadruplicaram ao longo dos últimos 50 anos. Assim, o quinto da população mundial, nos países de mais altos rendimentos, contribui com 53% para as emissões do gás, mas o quinto mais pobre é responsável por apenas 3% dessas emissões. Ora, a esmagadora maioria dos que morrem, todos os anos, como conseqüência da poluição do ar e da água, são os pobres dos países subdesenvolvidos do planeta².

Tais fatos demonstram, sobejamente, a íntima ligação entre

desenvolvimento e política do meio ambiente, e justificam a necessidade de se pôr em prática, no mundo inteiro, uma política de desenvolvimento sustentável. É essa a boa globalização pela qual somos convidados a lutar, em todos os países.

A degradação dos bens não renováveis do planeta já atinge proporções inquietantes. Segundo o _Relatório _do _Desenvolvimento _Humano das Nações Unidas, de 1998, no final do século, vinte países já sofriam de escassez de água, tendo menos de 1.000 metros cúbicos _per _capita por ano. A disponibilidade de água em nível mundial baixou de 17.000 metros cúbicos per capita em 1950 para 7.000 em 1998. Por outro lado, um sexto da superfície terrestre mundial, ou seja, cerca de 2 bilhões de hectares, acha-se degradada, em conseqüência do excesso de pastagens e das práticas da lavoura pobre. As florestas - que retêm os solos e previnem a erosão, regulam as provisões de água e ajudam a controlar o clima - estão sendo drasticamente reduzidas. Em 1970, a área florestal do mundo por mil habitantes era de 11.4 quilômetros quadrados; ao final do século, chegou a 7,3.

As conseqüências dessa degradação do meio ambiente são muito graves em matéria de biodiversidade.

2. Cf. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) _Relatório _do _Desenvolvimento _Humano _1998, edição portuguesa, p. 4 e capítulo 4º.

Num estudo realizado durante o primeiro semestre de 2002, conhecido sob a sigla Geo-3, e destinado a fornecer subsídios para a Conferência Mundial sobre Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, a chamada Conferência Rio+ 10, realizada na África do Sul, em agosto do mesmo ano, o Programa das Nações Unidas para o Ambiente - PNUMA mostrou que 11.046 espécies de plantas, 1.183 aves e 1.130 espécies de mamíferos - cerca de um quarto do total dos mamíferos do planeta - estão ameaçados de extinção no decurso de 30 anos. Mostrou ainda o mesmo estudo que, a prevalecer a tendência de se dar prioridade aos mecanismos do mercado, no quadro de uma ampla liberalização das atividades econômicas e da globalização, mais da metade da população mundial enfrentará severa escassez hídrica, ao mesmo tempo em que as concentrações de dióxido de carbono aumentarão em 52% até a metade do século XXI.

A Comissão Mundial sobre o Desenvolvimento Econômico, das Nações Unidas, em seu relatório de 1987, intitulado _Nosso _Futuro _Comum, definiu o desenvolvimento sustentável como sendo:

"o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente, sem comprometer a aptidão das futuras gerações a satisfazer suas próprias necessidades. Ele compreende, em si mesmo, dois conceitos-chaves:

"o conceito de necessidades", notadamente as necessidades essenciais dos pobres do mundo, às quais deve ser dada prioridade absoluta; e

"a idéia de limitações impostas, seja pelo estado da tecnologia, seja pela organização social, à aptidão do meio ambiente a satisfazer as necessidades presentes e futuras".

A respeito desse novo conceito de desenvolvimento, O Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano de 1994 assinalou, com razão, que toda dívida social cujo adimplemento é adiado, seja ela de que natureza for, prejudica a sustentabilidade do processo de desenvolvimento³.

Por outro lado, como foi também pertinentemente observado⁴, o

cumprimento do dever universal de desenvolvimento sustentado não pode ser deixado por conta do livre funcionamento dos mercados. É o Estado que deve atuar, precipuamente, como o administrador responsável dos interesses das futuras gerações. Na verdade, tratando-se de um direito da humanidade, não é apenas ao Estado nacional que incumbe essa tarefa, mas sim ao concerto universal das nações.

A campanha mundial por um desenvolvimento sustentável teve seu início oficial com a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, seguida vinte anos depois pela Conferência do Rio de Janeiro, ambas patrocinadas pelas Nações Unidas. Na Conferência do Rio de Janeiro, foram também aprovadas, de um lado, uma Convenção sobre a Mudança Climática, que entrou em vigor no plano internacional em 21 de março de 1994. e, de outro lado, a chamada "Agenda 21", que estabelece o programa das atividades a serem desenvolvidas durante o século XXI para a preservação do equilíbrio ecológico.

Logo após a Conferência de Estocolmo, foi lançado o movimento _Deep_Ecology, liderado por A. Naes, que visa a superar a preocupação superficial com a mera poluição, deixando intocados os sistemas político, econômico e social de cada nação, geradores da degradação ambiental. O movimento

3. _Human_Development_Report_1994, capítulo 1º.

4. Sudhir Anand e Amartya K. Sen (Prêmio Nobel de Economia de 1998). _Sustainable_Human_Development:_Concepts_and_Priorities, United Nations Development Programme. Office of Development Studies. Discussion Paper Series. p. 14/15.

de ecologia profunda funda-se em oito proposições, assim apresentadas por A. Naes:

1) O conjunto dos organismos da biosfera, inclusive os seres humanos, é profundamente interdependente.

2) Todos os seres vivos fazem parte de um mesmo campo global.

3) Todos os seres vivos têm igual direito de viver e se desenvolver.

4) A sobrevivência dos seres vivos depende mais dos mecanismos de cooperação do que da luta imposta pelos mais fortes.

5) Tais princípios aplicam-se, igualmente, às relações entre as nações industrializadas e as culturas tradicionais dos países em vias de desenvolvimento.

6) A luta contra a poluição e o desperdício não pode limitar-se a ser um objetivo em si: ela deve integrar-se aos princípios de cooperação e de diversificação biológica.

7) É preciso desenvolver um sistema econômico complexo, onde a cidade e o campo, a indústria e a agricultura, o trabalho manual e intelectual sejam sempre complementares.

8) É preciso desenvolver a autogestão local e a auto-suficiência material e mental dos seres humanos e das populações humanas.

Num segundo artigo, publicado em 1984, A. Naes volta ao tema, propondo oito princípios fundamentais de uma ética do meio ambiente e do desenvolvimento, a saber:

1) Todos os seres vivos, humanos e não humanos, são um valor em si mesmos.

2) A diversidade das formas de vida é igualmente um valor em si.

5. _The_shallow_and_the_deep_-_Long_ranged_ecology_movement_-_A_summary, publicado em _Inquiry em 1973.

6. _A_defence_of_the_Deep_Ecology_movement,_em _Environmental_Ethics (1984).

3) Os seres humanos não têm o direito de destruir os outros seres vivos.

4) Nos dias atuais, a intervenção dos seres humanos é destruidora e injustificada.

5) As atuais regras do jogo devem, pois, ser profundamente modificadas.

6) As modificações devidas afetam os fundamentos das instituições econômicas e ideológicas do nosso tempo.

7) A modificação ideológica central visa à qualidade de vida.

8) Pôr em prática essas modificações é uma verdadeira obrigação moral para todos os que partilham os princípios éticos da ecologia profunda.

Ora, uma das exigências centrais para o desenvolvimento sustentado é o respeito à biodiversidade. Ela representa o fundamento biológico do direito à diferença, em matéria de gênero, etnia ou tradição cultural. A humanidade se fortalece pela preservação das diferenças naturais e culturais, e se enfraquece com a instituição de desigualdades sociais, isto é, de situações de dominação de uns sobre outros, fundadas na pretensa superioridade universal de um sexo, de uma raça ou de uma cultura⁷.

No mundo contemporâneo, no entanto, a preservação da biodiversidade tem sido gravemente ameaçada pelo sistema capitalista de produção. De um lado, os atuais padrões de consumo, no mundo rico, incentivam os países subdesenvolvidos a exportar mercadorias, como as madeiras nobres, cuja extração provoca a degradação do meio ambiente. De outro lado, os mesmos países subdesenvolvidos são pressionados a admitir a instalação, em seu território, de indústrias altamente poluentes, cujo funcionamento é vedado nos países ricos.

7. Sobre o direito das minorias, vejam-se os comentários ao artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no capítulo 17^o desta obra.

É fundamental, nessa matéria, reconhecer que nenhuma espécie de ser vivo pode ser monopolizada por ninguém, e que o genoma de qualquer espécie biológica é um patrimônio universal, cujos componentes não podem, legitimamente, ser objeto de apropriação.

A primeira patente de ser vivo foi concedida na França a Louis Pasteur, em 1865, tendo por objeto o levedo de cerveja, livre de contaminação bacteriana. Nos Estados Unidos, as variedades vegetais obtidas, enquanto entidades estáveis e distintas, mediante intervenção humana passaram a ser patenteadas a partir de 1930.

Foi a partir de 1973 que as técnicas de engenharia genética abriram a possibilidade de transferência de caracteres genéticos entre as espécies. A primeira planta transgênica foi produzida em 1983, pela equipe dos professores Van Montagu e Jeff Schell, em Gand, na Bélgica. Mas, já em 1980, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir por maioria de um só voto o caso *Diamond v. Chakrabarty*, admitiu a legalidade de uma patente que tinha por objeto uma bactéria geneticamente modificada para metabolizar o petróleo. Em 1985, as autoridades federais norte-americanas decidem admitir o patenteamento de toda espécie criada ou aperfeiçoada pelo homem. Em 1987, foi concedida patente para uma variedade de ostra e, em 1988, para um camundongo, modificado geneticamente para desenvolver tumores cancerosos.

Na Europa, uma diretiva comunitária de 1998 admitiu o patenteamento de animais transgênicos, desde que (curioso escrúpulo!) a modificação genética não ocasione "sofrimentos anormais" ao animal, não justificados pela utilidade assim criada para o homem. O art. 2^o dessa diretiva dispõe: "O objeto de uma invenção não será considerado

insuscetível de patente, unicamente pelo fato de que ele se compõe de matéria biológica, ou de que a utiliza, ou lhe é aplicável". O art. 3º acrescenta: "A matéria biológica, nela incluídos os vegetais e os animais, assim como as partes de vegetais e animais, podem ser patenteadas". Pior ainda, o art. 9º admite que o âmbito de proteção da propriedade industrial se estende à toda matéria na qual o produto (ou seja, o gene transferido) é incorporado e na qual a informação genética é contida e expressa".

Com base nessa diretiva, a Agência Europeia de Patentes passou a conceder, em 1999, o patenteamento de plantas e animais transgênicos.

Ora, a admissibilidade do monopólio de produção e distribuição de espécies, obtidas pelo processo de transgenia, cria o colossal perigo de uma submissão da biodiversidade aos interesses comerciais de macroempresas. As consequências econômicas perversas do reconhecimento da propriedade industrial sobre organismos geneticamente modificados já se fazem sentir em todo o mundo. Assim é que, a fim de garantir o monopólio comercial - na prática, indefinido e não temporário - sobre sementes transgênicas, as grandes empresas produtoras fazem com que as sementes oriundas das plantas assim cultivadas sejam estéreis. Os agricultores que se servem das sementes transgênicas só podem, portanto, obter uma única colheita. Ademais, contrariando uma regra universal de proteção do consumidor, tais sementes são sempre programadas para que as plantas que delas nascem sejam imunes aos efeitos destrutivos de determinados pesticidas, produzidos unicamente pela mesma empresa que vende as sementes (a chamada "venda casada").

Insista-se no fato de que o ser humano é, sempre, o foco central das ações de preservação do meio ambiente. Só ele representa, como mostrou Kant, um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio ou instrumento para a consecução de outros fins. Algumas vezes, no entanto, a preocupação em preservar a biodiversidade tende a nos fazer esquecer o princípio de que o homem é o ponto culminante da evolução biológica e que, embora dependente do equilíbrio ecológico para sobreviver, sua posição ética não se iguala à de nenhum outro ser vivo. A UNESCO cometeu, assim, uma impropriedade técnica, ao aprovar em 1978 uma assim chamada Declaração dos Direitos do Animal. A expressão "direitos do animal", em vez de ser tomada ao pé da letra, deveria servir como uma indicação dos deveres da humanidade para consigo mesma, na preservação da biodiversidade.

A Convenção de 1992, como se vê da leitura das considerações constantes do preâmbulo, insere a diversidade biológica no quadro do desenvolvimento sustentado de toda a humanidade. Ela reconhece, no preâmbulo, que "o desenvolvimento econômico e social e a erradicação da pobreza são as prioridades primordiais e absolutas dos países em desenvolvimento", e que a mulher exerce um "papel fundamental na conservação e na utilização sustentável da diversidade biológica".

Logicamente, portanto, a Convenção deveria organizar os mecanismos de preservação da biodiversidade no plano supra-estatal. tal como fez a Convenção sobre o Direito do Mar no tocante aos fundos marinhos e oceânicos, considerados patrimônio da humanidade⁸. Pagando, porém, tributo ao momento histórico em que foi votada, quando predominava de modo incontestável a ideologia neoliberal, a Convenção de 1992 acabou fazendo concessões indevidas aos mecanismos do mercado, abrindo espaço ao livre jogo dos exclusivismos empresariais e nacionais.

Assim é que o artigo 3º estabelece, como princípio, a soberania dos Estados para a exploração dos recursos biológicos existentes em seus territórios, segundo suas próprias políticas ambientais⁹. Sabemos todos o que isso significa, no sentido da

8. Cf. capítulo 21º desta obra.

9. Sobre isso, consultar-se-á com proveito o livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1993.

submissão dos Estados subdesenvolvidos ao poder das empresas transnacionais, sempre apoiadas pelos Estados desenvolvidos em cujo território têm sede.

Em 1983, a Resolução Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, aprovada pela Organização para a Alimentação e Agricultura - FAO das Nações Unidas, declarou que os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais sobre os chamados cultivares deveriam ser de livre acesso a todos, portanto não sujeitos à apropriação para fins comerciais. A Convenção, porém, ao atribuir tais recursos aos Estados dentro de cujo território se encontram, excluiu a concepção de um direito fundamental de toda a humanidade sobre esse patrimônio natural. Admitiu ademais, implicitamente, a possibilidade de que esses recursos pudessem ser objeto de propriedade intelectual, diretamente ou por via de sua utilização tecnológica.

A compensação estabelecida pela Convenção, por meio do compromisso de cooperação técnica e científica e do apoio financeiro, previstos nos artigos 18 e 20, respectivamente, não é certamente capaz de superar a tendência a uma crescente desigualdade tecnológica entre o mundo desenvolvido e o subdesenvolvido. Ou seja, ela consolida a divisão da humanidade em vez de contribuir para a sua superação.

Assinale-se, finalmente, que a Convenção do Rio de Janeiro deixou de lado, por evidente pressão das grandes potências capitalistas, a questão dos produtos transgênicos, ou organismos geneticamente modificados, questão essa que se torna hoje objeto dos mais acirrados debates teóricos, e mesmo de confrontos de rua. Cada vez mais, no campo da saúde humana e da biodiversidade, impõe-se o respeito ao princípio da precaução, com a inversão do ônus da prova: compete aos produtores de organismos geneticamente modificados provar a sua inocuidade, e não às autoridades públicas ou aos consumidores. Por outro lado, os reflexos econômicos da distribuição em massa de produtos transgênicos podem ser catastróficos para os agricultores mais pobres, Como salienta uma publicação das Nações Unidas, os cerca de um bilhão e quatrocentos milhões de agricultores em todo o mundo que reutilizam para plantio as sementes de colheitas passadas podem ficar inteiramente nas mãos das poucas empresas transnacionais que vendem sementes transgênicas, pois estas em regra só germinam uma vez.

Nesse sentido, é inegável que o quadro normativo de proteção da biodiversidade, aprovado pela Convenção do Rio de Janeiro, é claramente incompleto.

Além do texto principal, cujos principais artigos são aqui reproduzidos, a Convenção sobre a Diversidade Biológica contém dois anexos.

O primeiro deles diz respeito à identificação e supervisão (que a tradução brasileira denomina "monitoramento") dos ecossistemas e habitats, bem como de espécies e comunidades, que estejam ameaçadas. São elas, de um lado, as espécies silvestres aparentadas de espécies domesticadas ou cultivadas, que tenham valor medicinal, agrícola ou qualquer outro valor econômico, as espécies de importância social, científica ou cultural, ou ainda as que sejam importantes para a pesquisa sobre a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica. De outro lado, os genomas e genes descritos como tendo importância social, científica ou econômica.

O segundo anexo regula a arbitragem de controvérsias entre os

Estados-Partes na Convenção.

Juntamente com a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a Conferência do Rio de Janeiro aprovou uma Declaração sobre o Desenvolvimento Sustentável, bem como um programa de ação para os anos seguintes, denominado Agenda 21.

10. Relatório Mundial do Desenvolvimento Humano 2000, versão francesa, p. 269.

Em cumprimento a esse programa de ação, foi assinado em 1998, em Kioto, no Japão, um protocolo sobre a redução percentual variável conforme as diferentes regiões do mundo desenvolvido, sobre emissão de gases na atmosfera, em relação aos padrões de poluição existentes em 1990. Os Estados Unidos, porém, que já se haviam negado a assinar a Convenção sobre a Diversidade Biológica, recusaram-se também a aderir a esse protocolo.

O Texto11
(Excertos)

PREÂMBULO

As Partes Contratantes,

Conscientes do valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes,

Conscientes, também, da importância da diversidade biológica para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera,

Afirmando que a conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum à humanidade,

Reafirmando que os Estados têm direitos soberanos sobre os seus próprios recursos biológicos,

Reafirmando, igualmente, que os Estados são responsáveis pela conservação de sua diversidade biológica e pela utilização sustentável de seus recursos biológicos,

Preocupados com a sensível redução da diversidade biológica causada por determinadas atividades humanas,

Conscientes da falta geral de informação e de conhecimento sobre a diversidade biológica e da necessidade urgente de desenvolver capacitação

11. Reproduz-se, aqui, o texto oficial, tal como constou do Decreto de promulgação da Convenção no Brasil. É lamentável, porém, que o Governo brasileiro tenha vertido de maneira tão sofrível para o português o texto original em língua inglesa. Os anglicismos desnecessários e as expressões de duvidosa vernaculidade pululam no texto.

científica, técnica e institucional que proporcione o conhecimento fundamental necessário ao planejamento e implementação de medidas adequadas,

Observando que é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica,

Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou

minimizar essa ameaça,

Observando, igualmente, que a exigência fundamental para a conservação da diversidade biológica é a conservação *in situ* dos ecossistemas e dos habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu meio natural,

Observando ainda que medidas *ex situ*, preferivelmente no país de origem, desempenham igualmente um importante papel,

Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir eqüitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes,

Reconhecendo, igualmente, o papel fundamental da mulher na conservação e na utilização sustentável da diversidade biológica e afirmando a necessidade da plena participação da mulher em todos os níveis de formulação e execução de políticas para a conservação da diversidade biológica,

Enfatizando a importância e a necessidade de promover a cooperação internacional, regional e mundial entre os Estados e as organizações intergovernamentais e o setor não-governamental para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes,

Reconhecendo que cabe esperar que o aporte de recursos financeiros novos e adicionais e o acesso adequado às tecnologias pertinentes possam modificar sensivelmente a capacidade mundial de enfrentar a perda da diversidade biológica,

Reconhecendo, ademais, que medidas especiais são necessárias para atender às necessidades dos países em desenvolvimento, inclusive o aporte de recursos financeiros novos e adicionais e o acesso adequado às tecnologias pertinentes,

Observando, nesse sentido, as condições especiais dos países de menor desenvolvimento relativo e dos pequenos Estados insulares,

Reconhecendo que investimentos substanciais são necessários para conservar a diversidade biológica e que há expectativa de um amplo escopo de benefícios ambientais, econômicos e sociais resultantes desses investimentos,

Reconhecendo que o desenvolvimento econômico e social e a erradicação da pobreza são as prioridades primordiais e absolutas dos países em desenvolvimento,

Conscientes de que a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica é de importância absoluta para atender às necessidades de alimentação, de saúde e de outra natureza da crescente população mundial, para o que são essenciais o acesso e a repartição de recursos genéticos e tecnologia,

Observando, enfim, que a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica fortalecerão as relações de amizade entre os Estados e contribuirão para a paz da humanidade,

Desejosas de fortalecer e complementar os instrumentos internacionais existentes para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes, e

Determinadas a conservar e utilizar de forma sustentável a diversidade biológica para benefício das gerações presentes e futuras,

Convieram no seguinte:

Artigo 1

Objetivos

Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as

disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e eqüitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

Artigo 2

Utilização de Termos

Para os propósitos desta Convenção:

"Área protegida" significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação.

"Biotecnologia" significa qualquer aplicação tecnológica que utilize Sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar OU modificar produtos ou processos para utilização específica.

"Condições in situ" significa as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características.

"Conservação ex situ" significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais.

"Conservação in situ" significa a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características.

"Diversidade biológica" significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

"Ecossistema" significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microorganismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional.

"Espécie domesticada ou cultivada", significa espécie em cujo processo de evolução influiu o ser humano para atender suas necessidades.

"Habitat" significa o lugar ou tipo de local onde um organismo ou população ocorre naturalmente.

"Material genético" significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade.

"Organização regional de integração econômica" significa uma organização constituída de Estados soberanos de uma determinada região a que os Estados-membros transferiram competência em relação a assuntos regidos por esta Convenção e que foi devidamente autorizada, conforme seus procedimentos internos, a assinar, ratificar, aceitar, aprovar a mesma e a ela aderir.

"País de origem de recursos genéticos" significa o país que possui esses recursos genéticos em condições in situ.

"País provedor de recursos genéticos" significa o país que provê recursos genéticos coletados de fontes in situ, incluindo populações de espécies domesticadas e silvestres, ou obtidas de fontes ex situ, que possam ou não ter sido originados nesse país.

"Recursos biológicos" compreende recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de

ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade.

"Recursos genéticos" significa material genético de valor real ou potencial.

"Tecnologia" inclui biotecnologia.

"Utilização sustentável" significa a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender às necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras.

Artigo 3

Princípio

Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Artigo 5

Cooperação

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, cooperar com outras Partes Contratantes, diretamente ou, quando apropriado, mediante organizações internacionais competentes, no que respeita a áreas além da jurisdição nacional e em outros assuntos de mútuo interesse, para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica.

Artigo 6

Medidas Gerais para a Conservação e a Utilização Sustentável

Cada Parte Contratante deve, de acordo com suas próprias condições e capacidades:

- a) desenvolver estratégias, planos ou programas para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica ou adaptar para esse fim estratégias, planos ou programas existentes que devem refletir, entre outros aspectos, as medidas estabelecidas nesta Convenção Concernentes à Parte interessada; e
- b) integrar, na medida do possível e conforme o caso, a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica em planos, programas e políticas setoriais ou intersetoriais pertinentes.

Artigo 7

Identificação e Monitoramento

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, em especial para os propósitos dos Artigos 8 a 10:

- a) Identificar componentes da diversidade biológica importantes para sua conservação e sua utilização sustentável, levando em conta a lista indicativa de categorias constante no Anexo 1;
- b) Monitorar, por meio de levantamento de amostras e outras técnicas, os componentes da diversidade biológica identificados em conformidade com a alínea (a) acima, prestando especial atenção aos que requeiram urgentemente medidas de conservação e aos que ofereçam o maior potencial de utilização sustentável;
- c) Identificar processos e categorias de atividades que tenham ou possam ter sensíveis efeitos negativos na conservação e na utilização

sustentável da diversidade biológica, e monitorar seus efeitos por meio de levantamento de amostras e outras técnicas; e

d) Manter e organizar, por qualquer sistema, dados derivados de atividades de identificação e monitoramento em conformidade com as alíneas (a), (b) e (c) acima.

Artigo 8

Conservação In Situ

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

c) Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável;

d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural;

e) Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas;

f) Recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas, mediante, entre outros meios, a elaboração e implementação de planos e outras estratégias de gestão;

g) Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia, que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana;

h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies;

i) Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes;

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;

k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas;

l) Quando se verifique um sensível efeito negativo à diversidade biológica, em conformidade com o Artigo 7, regulamentar ou administrar os processos e as categorias de atividades em causa; e

m) Cooperar com o aporte de apoio financeiro e de outra natureza para a conservação in situ a que se referem as alíneas (a) a (1) acima, particularmente aos países em desenvolvimento.

Artigo 9

Conservação Ex Situ

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, e principalmente a fim de complementar medidas de conservação in situ:

- a) Adotar medidas para a conservação ex situ de componentes da diversidade biológica, de preferência no país de origem desses componentes;
- b) Estabelecer e manter instalações para a conservação ex situ e Pesquisa de vegetais, animais e microorganismos, de preferência no país de origem dos recursos genéticos;
- c) Adotar medidas para a recuperação e regeneração de espécies ameaçadas e para sua reintrodução em seu habitat natural em condições adequadas;
- d) Regulamentar e administrar a coleta de recursos biológicos de habitats naturais com a finalidade de conservação ex situ de maneira a não ameaçar ecossistemas e populações in situ de espécies, exceto quando forem necessárias medidas temporárias especiais ex situ de acordo com a alínea (c) acima; e
- e) Cooperar com o aporte de apoio financeiro e de outra natureza para a conservação ex situ a que se referem as alíneas (a) a (d) acima; e com o estabelecimento e a manutenção de instalações de conservação ex situ em países em desenvolvimento.

Artigo 10

Utilização Sustentável de Componentes da Diversidade Biológica

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

- a) Incorporar o exame da conservação e utilização sustentável de recursos biológicos no processo decisório nacional;
- b) Adotar medidas relacionadas à utilização de recursos biológicos para evitar ou minimizar impactos negativos na diversidade biológica;
- c) Proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais, compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável;
- d) Apoiar populações locais na elaboração e aplicação de medidas corretivas em áreas degradadas onde a diversidade biológica tenha sido reduzida; e
- e) Estimular a cooperação entre suas autoridades governamentais e seu setor privado na elaboração de métodos de utilização sustentável de recursos biológicos.

Artigo 11

Incentivos

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, adotar medidas econômica e socialmente racionais, que sirvam de incentivo à conservação e utilização sustentável de componentes da diversidade biológica.

[...]

Artigo 13

Educação e Conscientização Pública

As Partes Contratantes devem:

- a) Promover e estimular a compreensão da importância da

conservação da diversidade biológica e das medidas necessárias a esse fim, sua divulgação pelos meios de comunicação, e a inclusão desses temas nos programas educacionais; e

b) Cooperar, conforme o caso, com outros Estados e organizações internacionais na elaboração de programas educacionais de conscientização pública no que concerne à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica.

[...]

Artigo 15 Acesso a Recursos Genéticos

1. Em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional.

2. Cada Parte Contratante deve procurar criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização ambientalmente saudável por outras Partes Contratantes e não impor restrições contrárias aos objetivos desta Convenção.

3. Para os propósitos desta Convenção, os recursos genéticos providos por uma Parte Contratante, a que se referem este Artigo e os Artigos 16 e 19, são apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção.

4. O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente Artigo.

5. O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.

6. Cada Parte Contratante deve procurar conceber e realizar pesquisas científicas baseadas em recursos genéticos providos por outras Partes Contratantes com sua plena participação e, na medida do possível, no território dessas Partes Contratantes.

7. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso e em conformidade com os

Artigos 16 e 19 e, quando necessário, mediante o mecanismo financeiro estabelecido pelos Artigos 20 e 21, para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo.

Artigo 19

Gestão da Biotecnologia e Distribuição de seus Benefícios

1. Cada Parte Contratante deve adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas, conforme o caso, para permitir a participação efetiva, em atividades de pesquisa biotecnológica, das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, que provêm os recursos genéticos para essa pesquisa, e se possível nessas Partes Contratantes.

2. Cada Parte Contratante deve adotar todas as medidas possíveis para promover e antecipar acesso prioritário, em base justa e equitativa das Partes Contratantes, especialmente países em desenvolvimento, aos resultados e benefícios derivados de biotecnologias baseadas em recursos genéticos providos por essas Partes Contratantes. Esse acesso deve ser de comum acordo.

3. As Partes devem examinar a necessidade e as modalidades de um protocolo que estabeleça procedimentos adequados, inclusive, em especial, a concordância prévia fundamentada, no que respeita à transferência, manipulação e utilização seguras de todo organismo vivo modificado pela biotecnologia, que possa ter efeito negativo para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

4. Cada Parte Contratante deve proporcionar, diretamente ou por solicitação a qualquer pessoa física ou jurídica sob sua jurisdição provedora dos organismos a que se refere o parágrafo 3 acima, à Parte Contratante em que esses organismos devam ser introduzidos, todas as Informações disponíveis sobre a utilização e as normas de segurança exigidas por essa Parte Contratante para a manipulação desses organismos, bem como todas as Informações disponíveis sobre os potenciais efeitos negativos desses organismos específicos.

Artigo 20

Recursos Financeiros

1. Cada Parte Contratante compromete-se a proporcionar, de acordo com a sua capacidade, apoio financeiro e incentivos respectivos as atividades nacionais destinadas a alcançar os objetivos desta Convenção em conformidade com seus planos, prioridades e programas nacionais.

2. As Partes países desenvolvidos devem prover recursos financeiros nOVOS e adicionais para que as Partes países em desenvolvimento possam cobrir integralmente os custos adicionais por elas concordados, decorrentes da implementação de medidas em cumprimento das obrigações desta Convenção, bem como para que se beneficiem de seus dispositivos. Estes custos devem ser determinados de comum acordo entre cada Parte país em desenvolvimento e o mecanismo institucional previsto no Artigo 21, de acordo com políticas, estratégias, prioridades programáticas e critérios de aceitabilidade, segundo uma lista indicativa de custos adicionais estabelecida pela Conferência das Partes. Outras Partes, inclusive países em transição para uma economia de mercado, podem assumir voluntariamente as obrigações das Partes países desenvolvidos. Para os fins deste Artigo, a Conferência das Partes deve estabelecer, em sua primeira sessão, uma lista de Partes países desenvolvidos e outras Partes que voluntariamente assumam as obrigações das Partes países desenvolvidos. A Conferência das Partes deve periodicamente revisar e, se necessário, alterar a lista. Contribuições voluntárias de outros países e fontes podem ser também estimuladas. Para o cumprimento desses compromissos deve ser levada em conta a necessidade de que o fluxo de recursos seja adequado, previsível e oportuno, e a importância de distribuir os custos entre as Partes contribuintes incluídas na citada lista.

3. As Partes países desenvolvidos podem também prover recursos financeiros relativos à implementação desta Convenção por canais bilaterais, regionais e outros multilaterais.

4. O grau de efetivo cumprimento dos compromissos, assumidos sob esta Convenção, das Partes países em desenvolvimento dependerá do cumprimento efetivo dos compromissos assumidos sob esta Convenção pelas Partes países desenvolvidos, no que se refere a recursos financeiros e transferência de tecnologia, e levará plenamente em conta o fato de que o desenvolvimento econômico e social e a erradicação da pobreza são as prioridades primordiais e absolutas das Partes países em desenvolvimento.

5. As Partes devem levar plenamente em conta as necessidades específicas e a situação especial dos países de menor desenvolvimento relativo em suas medidas relativas a financiamento e transferência de tecnologia.

6. As Partes Contratantes devem também levar em conta as condições especiais decorrentes da dependência da diversidade biológica, sua distribuição e localização nas Partes países em desenvolvimento, em particular os pequenos Estados insulares.

7. Deve-se também levar em consideração a situação especial dos países em desenvolvimento, inclusive os que são ecologicamente mais vulneráveis, como os que possuem regiões áridas e semi-áridas, zonas costeiras e montanhosas.

[...]

CAPÍTULO 23º

O ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE 1998

Uma longa e trabalhosa gestação

A instituição de um regime de autêntica cidadania mundial, em que todas as pessoas, naturais ou jurídicas, de qualquer nacionalidade, tenham direitos e deveres em relação à humanidade como um todo, e não apenas umas em relação às outras pela intermediação dos respectivos Estados, supõe, entre outras providências, a fixação de regras de responsabilidade penal em escala planetária, para sancionar a prática de atos que lesam a dignidade humana. Em tais casos, a definição do ato como criminoso, bem como o julgamento e punição do agente responsável, não constituem matéria adstrita à soberania nacional de cada Estado, tanto mais que, na quase-totalidade dos casos, os agentes criminosos são autoridades estatais, ou pessoas que gozaram da proteção destas para a prática dos atos criminosos.

O primeiro passo em direção a esse sistema de responsabilidade mundial foi dado pela criação, por obra da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma em 1998, do primeiro Tribunal Penal Internacional permanente da História, com competência para julgar os autores de graves crimes contra a espécie humana. Foi, de fato, um Primeiro passo apenas, pois muito resta ainda por fazer, a fim de se chegar ao objetivo final. Mas esse início é irreversível. A idéia de se criar uma instância judiciária revestida dessa eminente função surgiu logo após o término da Primeira Guerra Mundial, quando a humanidade fez o balanço das devastadoras consequências desse conflito bélico, que inaugurou uma nova era histórica. Em 1920, o Secretário-Geral da Sociedade das Nações formulou a proposta, mas a Assembléia Geral da organização não a acolheu, considerando a idéia ainda prematura no estado então existente das relações internacionais.

Encerradas as hostilidades da Segunda Guerra Mundial, instalaram-se, em Nuremberg e Tóquio, tribunais militares com competência para julgar os responsáveis por crimes de guerra e crimes contra a humanidade, perpetrados pelas antigas autoridades políticas e militares da Alemanha nazista e do Japão imperial.

Em maio de 1947, o jurista francês Henri Donnedieu de Vabres, que foi juiz do Tribunal Militar de Nuremberg, voltou a formular a proposta de criação de um tribunal penal permanente no âmbito internacional. A Assembléia Geral das Nações, reunida em Paris, aceitou a idéia em 9 de dezembro de 1948, exatamente na véspera da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Comissão de Direito Internacional foi então oficialmente encarregada de estudar o projeto. Em junho de 1950, ao concluir seu relatório, a Comissão entendeu que a criação do tribunal era "desejável" e "possível".

Entre 1951 e 1953, dois comitês, constituídos pela Assembléia

Geral da ONU, apresentaram projetos de estatuto para o futuro tribunal.

Sobrevém, contudo, a chamada Guerra Fria, e os trabalhos de criação do tribunal ficam suspensos até 1989.

Nesse ano, Trinidad e Tobago propõem a retomada dos trabalhos de redação dos estatutos do tribunal, interrompidos pela Guerra Fria. Em 4 de dezembro de 1989, a Assembléia Geral das Nações Unidas pede à Comissão de Direito Internacional que volte a trabalhar no assunto.

Em 22 de fevereiro de 1993, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, pela Resolução S/RES/808, cria um tribunal internacional para julgar "as pessoas responsáveis por sérias violações do direito humanitário internacional, cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991". Em 9 de dezembro do mesmo ano, a Assembléia Geral solicita à Comissão que conclua, em regime de prioridade, o projeto de estatuto de um tribunal penal permanente.

Em maio de 1994, a Comissão entrega finalmente à Assembléia Geral das Nações Unidas o projeto definitivo, e propõe seja ele submetido, para exame e votação, a uma conferência diplomática de plenipotenciários. A Assembléia Geral decide, porém, não dar seguimento à proposta da Comissão de Direito Internacional, preferindo estabelecer um comitê *ad hoc*, encarregado de rever o projeto da Comissão. A Assembléia Geral pede, concomitantemente, a todos os Estados-membros, que formulem suas observações sobre o assunto até março de 1995.

Pela Resolução S/RES/955, o Conselho de Segurança cria um tribunal internacional para julgar "as pessoas responsáveis por genocídio e outras sérias violações do direito humanitário internacional, cometidas em Ruanda ou no território dos Estados vizinhos".

O comitê *ad hoc*, criado pela Assembléia Geral da ONU, conclui seus trabalhos em 1995, propondo que o tribunal penal permanente a ser criado seja competente para julgar os acusados de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio. Em 11 de dezembro do mesmo ano, a Assembléia Geral decide criar um comitê preparatório, encarregado de redigir o projeto definitivo de estatuto do tribunal, a ser apresentado a uma conferência diplomática de plenipotenciários. A representante do governo italiano, Emma Bonino, que veio a exercer, logo após, as funções de Comissária da União Européia para Direitos Humanos, propõe que o seu país acolha essa conferência.

A partir de 1996, uma vasta coligação de cerca de oitocentas Organizações não governamentais, cobrindo o mundo inteiro, é formada, a fim de fazer pressão para que o futuro tribunal seja independente, imparcial e eficaz.

Em março-abril de 1998, o comitê preparatório realizou sua derradeira reunião, na qual concluiu a redação final do projeto, submetido desde logo à Conferência Diplomática reunida em Roma, no início do mês de junho.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por 120 Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas 7 votos - China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar - e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia¹. Conscientes da má repercussão política que sua oposição ao tribunal causou no mundo todo, Estados Unidos e Israel decidiram, em 31 de dezembro de 2000, assinar o tratado. Todavia, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, e as operações de guerra que se lhes seguiram no Afeganistão e na Palestina, em flagrante violação das normas internacionais, a ratificação da Convenção de Roma por essas duas potências tornou-se desde logo impensável. E, efetivamente, em 6 de maio de 2002, os Estados Unidos notificaram o Secretário-Geral das Nações Unidas de que "não tencionam tornar-se Parte no Tratado", declarando, em conseqüência, que não se acham juridicamente obrigados pela adesão dada

em 31 de dezembro de 2001. Em previsível seqüência, Israel desligou-se também do Estatuto, mediante declaração enviada ao Secretário-Geral da ONU em 28 de agosto de 2002.

Não foram admitidas reservas ao Estatuto, o que sem dúvida atrasou o processo de ratificação por parte de cada Estado signatário. Não obstante, ele entrou em vigor em 11 de abril de

1. O Brasil foi um dos signatários originais do Estatuto, aprovado pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo n. 112, de 2002.

2002, data em que se contaram 65 instrumentos de ratificação (o Estatuto previu um mínimo de 60. em seu art. 126), depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Os Estados signatários do Estatuto tiveram a sabedoria de concebê-lo como uma obra *in fieri*. Após um período de sete anos, contados da sua entrada em vigor, qualquer Estado Parte poderá propor à Assembléia dos Estados Partes alterações do Estatuto, mediante comunicação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Tais propostas, caso não se chegue inicialmente a um consenso unânime, considerar-se-ão aprovadas, quando reunirem pelo menos dois terços de votos (art. 121). Todavia, para a alteração de certas disposições que o Estatuto define como de caráter institucional, vale dizer, que dizem respeito a regras internas de funcionamento do Tribunal, qualquer Estado Parte poderá, a qualquer momento, propor alterações (art. 122).

Além disso, sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, o Secretário-Geral da ONU fica autorizado a convocar uma Conferência de Revisão, que terá competência para alterar qualquer disposição do Estatuto (art. 123).

Jurisdição do Tribunal Penal Internacional

Durante os trabalhos da Conferência Diplomática de Roma, formularam-se três propostas para fixar a jurisdição do Tribunal.

A primeira delas, apresentada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, previa a liberdade dos Estados Partes para aceitar ou rejeitar a jurisdição do Tribunal em relação a crimes específicos e por prazos determinados.

A França, por sua vez, defendeu o chamado "regime de Consentimento", segundo o qual haveria necessidade da aquiescência de todos os Estados Partes envolvidos, em cada caso individual e contra cada suspeito individualmente considerado, para que o Tribunal pudesse exercer sua jurisdição.

Contra essas propostas negativistas, a Alemanha sustentou bravamente o princípio da jurisdição universal e direta do Tribunal. É óbvio que as duas primeiras propostas, notadamente a francesa, se adotadas, significariam criar um mero arremedo de tribunal, despido de toda autoridade e eficácia.

A partir de uma proposta intermédia da Coreia do Sul, chegou-se afinal à elaboração de um sistema complexo, de jurisdição restrita e complementar.

Como regra geral, cada Estado, ao se tornar Parte no Estatuto, aceita de pleno direito a jurisdição do Tribunal (art. 12, 1). Em disposição transitória (art. 124), resultante de mudança feita pela França em sua própria proposta original, estatuiu-se que um Estado pode tornar-se Parte no Estatuto, declarando que, durante um período de sete anos a contar da sua entrada em vigor em seu território, não aceitará a competência do Tribunal

relativamente aos crimes de guerra, definidos no art. 8º, quando haja indício de que um crime dessa natureza tenha sido praticado por cidadão seu, ou em seu território.

Além disso, um Estado que não seja Parte no Estatuto pode aceitar a jurisdição do Tribunal (art. 12. 3).

Em qualquer hipótese, o Tribunal Penal Internacional somente poderá exercer sua jurisdição, caso o Estado em cujo território tenha sido cometido o crime, ou o Estado de que seja nacional a pessoa acusada de cometê-lo, seja Parte no Estatuto, ou tenha a ele aderido (art. 12. 2). Essa restrição é de monta. Levando-se em conta que os Estados Unidos, a China e a Índia não se acham vinculados pela Convenção de Roma, temos que mais da metade da humanidade está, presentemente, fora da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Extraordinariamente, porém, o Conselho de Segurança da ONU pode, de acordo com o disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tomar a iniciativa de pedir ao Procurador que abra um inquérito sobre a ocorrência de fato definido como crime pelo Estatuto. Nesta hipótese, não haverá restrição alguma à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Contrariando ainda a proposta alemã, o Estatuto determinou que a jurisdição do Tribunal não é direta e sim complementar. É preciso, em qualquer hipótese, que se demonstre, preliminarmente, que o Estado com jurisdição direta sobre o caso não a exerceu, ou que, ao exercê-la, demonstrou inequivocamente que o fez tão-só para proteger o acusado, ou dar uma aparência de seriedade à investigação ou ao processo criminal (art. 17). É, portanto, a regra do esgotamento dos procedimentos internos, como condição para que se abra a jurisdição internacional.

Sob o aspecto temporal, a jurisdição do Tribunal não abrange os crimes cometidos antes da entrada em vigor do Estatuto. Quanto aos Estados que se tornarem Partes no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o Tribunal só terá jurisdição em relação a crimes cometidos após a vigência do Estatuto relativamente a esses Estados, salvo se eles consentirem em que o Tribunal exerça sua jurisdição retroativamente (art. 11).

Se, entretanto, determinada pessoa for julgada pelo Tribunal Penal Internacional, a decisão de mérito, pela condenação ou pela absolvição, fará coisa julgada, não só em relação ao próprio Tribunal, mas também perante qualquer outro tribunal de Estados que são Partes no Estatuto (art. 20, 1 e 2). Em sentido contrário, uma decisão de mérito do Poder Judiciário de Estado Parte no Estatuto, sobre atos que este define como crime, fará coisa julgada relativamente ao Tribunal Penal Internacional, a não ser que o processo-crime naquele Estado Parte: "a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito Internacional ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça" (art. 20. 3).

Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto incluiu na competência do Tribunal apenas quatro crimes que, segundo declara o Preâmbulo, "constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade": a saber, o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (art. 5º). Ficaram de fora, portanto, alguns crimes de repercussão

reconhecidamente internacional, como o terrorismo² e o tráfico de entorpecentes.

Para esse recorte restrito da competência do Tribunal Penal Internacional, muito contribuiu a pressão dos países que, desde o início da Conferência de Roma, mostraram-se hostis à sua criação. Não está, porém, excluída a possibilidade de inclusão

2. Já estão em vigor várias convenções internacionais de repressão a atos de terrorismo, como a Convenção relativa às infrações e a certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves, celebrada em Tóquio em 14-9-1963; a Convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves, celebrada em Haia em 16-12-1970; a Convenção para prevenir e punir os atos de terrorismo configurados em delitos contra as pessoas e a extorsão conexa, quando tiverem transcendência internacional, celebrada em Washington em 2-2-1971; a Convenção para a repressão aos atos ilícitos contra a segurança da aviação civil, celebrada em Montreal em 23-9-1971; a Convenção internacional contra a tomada de reféns, celebrada em Nova York em 18-12-1979; a Convenção sobre a proteção física de material nuclear, celebrada em Viena e Nova York em 3-3-1980; o Protocolo para a repressão de atos ilícitos de violência em aeroportos que prestem serviços à aviação civil internacional, assinado em Montreal em 24-2-1988; a Convenção sobre a identificação de explosivos plásticos para efeito de detecção, celebrada em Montreal em 1991; a Convenção interamericana contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos, celebrada em Washington em 14-11-1997; a Convenção internacional para a supressão de atentados terroristas a bomba, celebrada em Nova York em 12-1-1998.

de outros crimes, por ocasião da Conferência de revisão do Estatuto, prevista para se realizar em 2005.

Dos quatro crimes incluídos na competência do Tribunal, a definição do crime de agressão foi relegada a uma etapa posterior (art. 5º, 2), por meio de emenda, ou do processo de revisão.

A idéia de qualificar os atos de agressão bélica como crimes contra a paz internacional surgiu, pela primeira vez, na Conferência de Versalhes, de 1919, que criou a Sociedade das Nações. O art. 227 do tratado então assinado instituiu um tribunal especial, incumbido de julgar o ex-Kaiser Guilherme II, "culpado de ofensa suprema à moral internacional e à autoridade dos tratados". Sucede que a Holanda, país no qual se asilou o antigo monarca, recusou-se a extraditá-lo, alegando a sua imunidade internacional de Chefe de Estado, à época em que praticou os atos de que era acusado.

No Estatuto do Tribunal de Nuremberg, os crimes contra a paz foram assim definidos (art. 6, a): "a direção, a preparação, o desencadeamento ou a busca de uma guerra de agressão, com a violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação num plano ajustado ou numa conspiração para a prática de qualquer dos atos precedentes".

O Estatuto adotou, na definição dos crimes de competência do Tribunal, uma técnica heterodoxa: os tipos criminais descritos exigem a fixação posterior, pela Assembléia dos Estados Partes, dos "elementos constitutivos" desses crimes, elementos esses que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar as disposições dos artigos 6º, 7º e 8º (art. 9º). O único limite fixado à Assembléia dos Estados Partes para o exercício dessa competência tipificadora dos atos criminosos é que "os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto" (art. 9º, 3). Parece incontestável que, para o respeito ao princípio da publicidade dos tratados internacionais, esses elementos

constitutivos dos crimes da competência do Tribunal, uma vez adotados pela Assembléia dos Estados Partes, deverão constar do próprio texto do Estatuto.

Não há previsão explícita de punibilidade da tentativa, em nenhum dos crimes definidos no Estatuto. Mas ela pode decorrer da aplicação dos princípios gerais de direito, invocados no art. 21, e.

As modalidades do crime de genocídio, definidas no art. 6º, são as mesmas previstas no art. II da Convenção de 1948. No tocante à co-autoria, o Estatuto não reproduziu o disposto no art. III dessa Convenção, mas em seu art. 25 o Estatuto a contempla em relação a todos os crimes e, especificamente em matéria de genocídio, fala em atos de incitação, direta e pública, a cometer o crime.

O art. 7º do Estatuto definiu dez modalidades de crime contra a humanidade, e ainda acrescentou a essa extensa lista "outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental" (letra k). Ou seja, deixou a definição dessa modalidade de crime contra a humanidade à inteira discricção da Assembléia dos Estados Partes.

A prática dos atos declarados no art. 7º, durante a vigência de um conflito armado, não é exigida pelo Estatuto para que haja crime contra a humanidade, em nenhuma de suas modalidades. E isto porque o Estatuto inclui na competência do Tribunal um extensíssimo rol de crimes de guerra (art. 8º). Em compensação, para que haja crime contra a humanidade, é indispensável que os atos enumerados no art. 7º sejam cometidos "no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra

3. Cf. capítulo 14º, supra. Causa especie, por isso mesmo, que o Governo brasileiro tenha dado, oficialmente, uma tradução diversa para essa disposição comum a ambos os tratados.

qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque". No parágrafo 2, letra a, do art. 7º, declara o Estatuto que "por _ataque _contra _uma _População _Civil entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos, ou tendo em vista a prossecução dessa política". Deve-se entender que o ataque é sistemático, quando organizado e executado segundo um plano previamente estabelecido. O agente deve ter conhecimento do ataque, fato que, obyamente, pode ser demonstrado por indícios e circunstâncias.

A definição de extermínio, constante do art. 7º, 2, b, difere daquela correspondente à modalidade de genocídio indicada no art. II da Convenção de 1948. Nesta última Convenção, fala-se em "submissão intencional do grupo [nacional, étnico, racial ou religioso] a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial". Já no Estatuto de Roma, a vítima é uma "população civil", sem quaisquer qualificações, e o ato criminoso consiste na "sujeição intencional [portanto, planejada] da vítima a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população". Entenda-se: o agente pode ter tido em vista a destruição total da população civil, mas basta que os atos criminosos provoquem o seu extermínio apenas Parcial, para que o crime contra a humanidade seja tido como consumado.

Os "motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero" aparecem como elemento componente do crime definido na letra h do art. 7º, ou seja, "perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado" por esses motivos, O termo "perseguição", esclarece o parágrafo 2, letra g. é "a Privação

intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa".

A inclusão do desaparecimento forçado de pessoas na lista dos crimes contra a humanidade representou um incontestável progresso do direito internacional positivo. A Resolução A/RES/47/133 da Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 18 de dezembro de 1992, bem como a Declaração de Viena e o Programa de Ação adotado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, já condenavam essa prática nefanda, largamente empregada por governos militares na América Latina, e pediam o estabelecimento de sanções penais contra os responsáveis.

É importante assinalar que na definição do crime de deportação ou transferência forçada de uma população, constante do art. 7º, 2, d, não se exige que esse deslocamento populacional seja feito para fora do território nacional.

O Estatuto define a tortura, no art. 7º, 2, e de forma mais satisfatória do que a adotada pela Convenção das Nações Unidas de 1984, pois não exige que o ato criminoso seja praticado por instigação ou com a aquiescência de um agente público ou outra pessoa no exercício de funções públicas.

Louvável foi também a ampla caracterização dos crimes sexuais, dada pelo Estatuto (art. 7º, 1, g). A "gravidez à força", amplamente praticada durante os conflitos armados subsequentes ao desaparecimento do Estado da Iugoslávia, foi convenientemente definida no parágrafo 2, f, desse mesmo artigo.

Na definição do crime de _apartheid (art. 7º, 2,f), o Estatuto preferiu empregar uma fórmula ampla, em vez da enumeração específica de atos, tal como se lê na Convenção Internacional de 1973, patrocinada pelas Nações Unidas.

Em matéria de crimes de guerra, o Estatuto define várias modalidades, as quais representam o desenvolvimento daquelas "graves ofensas", declaradas nas Convenções de Genebra de 1949 (1ª Convenção, art. 50; 2ª Convenção, art. 51; 3ª Convenção, art. 130; 4ª Convenção, art. 147)4. Mas o Estatuto sujeita-as, todas, a uma condição geral, que não consta das Convenções de Genebra, a saber: os atos criminosos que as compõem devem ser "cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política, ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes" (art. 82. 1). Ora, a tradução oficial brasileira deforma o sentido da norma, ao verter a expressão inglesa *in particular*, que significa "um por um", isto é, "individualmente", pela expressão vernácula "em particular", cujo sentido é "reservadamente", ou então, "notadamente"; o que pode dar a idéia de que a enumeração de atos criminosos, constante do parágrafo 2, é meramente exemplificativa. O que o Estatuto na verdade dispõe, em seu art. 8º, 1, é que qualquer dos atos a seguir individualmente descritos, mas só eles, constitui crime de guerra, quando ocorrido no quadro de um plano ou programa de ação, ou de uma ampla prática de crimes dessa espécie.

Na interpretação das disposições do art. 82, suscitou controvérsia o fato de que o Estatuto não foi explícito quanto à abrangência do uso de armas nucleares.

Ao assinarem a Convenção de Roma, o Egito e a Nova Zelândia enfatizaram que o Estatuto não estabelece distinção alguma entre as armas utilizadas em operações de guerra, e que, por conseguinte, o armamento nuclear está incontestavelmente abrangido pelas suas disposições.

Em sentido diametralmente oposto, a França, que se declarou temporariamente não vinculada pela jurisdição do Tribunal em matéria de crimes de guerra, conforme a disposição transitória do art. 124,

manifestou sua interpretação de que o disposto no art. 8º aplica-se, tão-só, à utilização de armas convencionais, e que, por conseguinte, o Estatuto "não pode regular

4. Cf., supra, capítulo 15º.

nem proibir o possível uso do armamento nuclear, nem alterar as demais normas do direito internacional aplicáveis a outras armas necessárias ao exercício, pela França, de seu direito inerente de autodefesa, a menos que as armas nucleares ou as outras armas aqui referidas sejam sujeitas no futuro a uma proibição compreensiva, e venham especificadas no Anexo do Estatuto, por meio de emendas adotadas na conformidade das disposições dos artigos 121 e 123".

Por sua vez, a Suécia lembrou a Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça, de 8 de julho de 1996, sobre a legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares, e em particular o entendimento da Corte de que, indubitavelmente, as disposições do direito humanitário aplica-se ao uso do armamento nuclear.

Já no tocante à expressão *within the established frame work of international law*, usada no art. 8º, 2, letras b e e, traduzida oficialmente no Brasil pela locução vaga "no âmbito do direito internacional", o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte fez questão de declarar que, no seu entendimento, aquela expressão abrange "o direito costumeiro internacional, tal como estabelecido pela prática dos Estados e a *opinio iuris*".

Responsabilidade criminal

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional aceitou, expressamente, os grandes princípios que, consagrados pela legislação, a jurisprudência e a doutrina nos mais diferentes países, delimitam a responsabilidade criminal. É bem de ver, no entanto, que tais princípios devem ser interpretados de modo compreensivo, tendo em vista que a esfera de aplicação do Estatuto não é o território de um país determinado, mas o mundo todo.

O primeiro dos grandes princípios jurídicos relativos à responsabilidade criminal é o da anterioridade da norma penal em relação aos atos a serem julgados como criminosos, princípio esse tradicionalmente expresso pela fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* (arts. 22 e 23). Como corolário do princípio, o Estatuto acrescenta que ele não terá efeito retroativo: ninguém será considerado responsável pela prática, antes da entrada em vigor do Estatuto, de atos nele definidos como criminosos (art. 24).

O princípio da anterioridade da lei penal consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI, 2)⁵, e foi reafirmado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 15, 2)⁶. Seu fundamento é a convicção de que só devem ser declarados criminosos e, portanto, passíveis da mais severa punição os atos que a consciência ética da coletividade, e não a opinião pessoal dos juízes ou o interesse particular dos que detêm o poder político, assim considera. Ora, o pressuposto lógico desse raciocínio é que a lei penal - ou o tratado internacional que institui crimes e penas - seja, efetivamente, a expressão da consciência ética coletiva, nacional ou internacional. Se em alguns países esse pressuposto lógico não corresponde à realidade, pois as leis simplesmente expressam a vontade e o interesse próprio dos governantes, no plano internacional pode-se dizer, hoje, que ele é largamente respeitado.

No caso da Convenção de Roma de 1998, como se viu acima, a

consciência ética universal foi-se afirmando vigorosamente, após a 2ª Guerra Mundial, sobre a necessidade de se instituir um tribunal permanente, não ligado a nenhum Estado particular, competente para julgar os responsáveis por atos que lesam gravemente o conjunto dos seres humanos. O reconhecimento da existência de crimes contra a humanidade, de modo geral, correspondeu à tomada de consciência de que, na atual fase histórica, a própria espécie humana, e não apenas os

5. Cf., supra, p. 232.

6. Cf. p. 305.

povos isoladamente considerados, é reconhecida como titular de direitos essenciais, conforme se procurou demonstrar nos capítulos anteriores.

Ao consagrar o princípio da anterioridade da norma penal, para fixação dos limites da responsabilidade dos acusados perante o Tribunal, o Estatuto adotou, explicitamente, a doutrina desenvolvida pelo liberalismo individualista do século XIX da tipicidade dos atos criminosos, ou seja, a tese de que cada crime constitui uma individualidade única, precisa e inconfundível. Por isso mesmo, quando o fato imputado ao acusado não se enquadra exatamente na definição legal, é vedado ao intérprete ampliar o campo de aplicação da norma, recorrendo, por via de analogia, à definição de um crime semelhante ou aproximado. Em seu art. 22, 2, o Estatuto não apenas consagra a tradicional proibição da analogia na interpretação de normas definidoras de crimes, como ainda acrescenta a regra do *in dubio pro reo*.

Seja-nos permitido, contudo, observar que a aplicação dessas regras de garantia de direitos individuais, no campo da criminalidade internacional, deve ser feita sem excessos de formalismo. Os atos criminosos, cujos efeitos, pela sua própria natureza, extrapolam as fronteiras estatais, têm em si mesmos uma configuração multifária, além de se transformarem rapidamente em sua estrutura interna, por força da evolução tecnológica. Tudo se passa, nessa matéria, de forma semelhante às doenças infecciosas causadas por agentes virais, suscetíveis de mutação genética. A Convenção Européia de Direitos Humanos, como vimos, tem a esse respeito uma disposição compreensiva, ao declarar que o princípio da anterioridade da lei penal "não impede o julgamento e a punição de uma pessoa culpada de uma ação ou omissão que, no momento em que ocorreu, era considerada criminosa, de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" (art. 7, 2)⁷.

7. Cf., supra, capítulo 16º.

É indispensável, assim, para que o sistema penal do Estatuto não seja ultrapassado em pouco tempo pela aceleração da História, que as suas normas sejam interpretadas com razoável largueza de vistas; e que, quando os limites das definições legais se revelem demasiadamente estreitos para o adequado enfrentamento de novas espécies criminais, a Assembléia dos Estados Partes, por meio de uma Conferência de Revisão (art. 123), saiba corrigir as lacunas ou insuficiências do Estatuto.

No tocante aos sujeitos ativos dos crimes nele definidos, o Estatuto de Roma não logrou abandonar a concepção tradicional de que eles só podem ser as pessoas naturais (art. 25. 1), fixando a maioria penal em 18 anos (art. 26).

Essa orientação é lamentável. Tratando-se de atos geralmente cometidos por agentes públicos, é pouco realista imaginar que o Estado como um todo não participe da ação criminosa, preparando-a, inclusive pela propaganda oficial, armando os executores e dando-lhes proteção. O direito internacional positivo, aliás, já conta com precedentes sobre a responsabilidade dos Estados no cometimento de crimes dessa natureza.

Assim é que o tratado instituidor da Sociedade das Nações de 1919, bem como o Pacto Briand-Kellog de 1928 imputaram aos Estados a responsabilidade pelos atos de agressão. A Corte Internacional de Justiça, em sua decisão de 8 de abril de 1993, no *Caso relativo à aplicação da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio* (Bósnia Herzegovina/Iugoslávia), entendeu que, em razão do disposto no art. 1º, todos os Estados Partes assumiram o dever de prevenir e punir o crime de genocídio, o que significa que o descumprimento desse dever os torna diretamente co-responsáveis pelos atos criminosos praticados.

8. *Recued des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1993, p. 22.

Em compensação, o Estatuto foi muito feliz em estabelecer, em seu art. 27, a irrelevância da qualidade oficial do autor de crimes, "em particular a de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público". "As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional", acrescenta o mesmo dispositivo, "não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa". Pode-se dizer que essa norma do Estatuto vem confirmar uma orientação que já se desenha claramente no direito internacional, e que foi aplicada nos julgamentos proferidos pelos tribunais penais internacionais sobre crimes cometidos na antiga Iugoslávia e em Ruanda⁹.

Por maioria de razão, não são excluídos da responsabilidade criminal os chefes militares e outros superiores hierárquicos (art. 28).

Reiterando o estatuído na Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade de 1968, o Estatuto dispõe que os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional não são sujeitos a prescrição (art. 29).

O art. 30 determina que os crimes da competência do Tribunal serão sempre dolosos, mas admite a ocorrência tanto do

9. No entanto, a Corte internacional de Justiça, em lamentável acórdão de 14 de fevereiro de 2002, julgou que o Primeiro-Ministro de Israel, Anel Sharon, não podia ser processado pela prática de crimes contra a humanidade (o massacre de Sabra e Chatila, perpetrado no Líbano em 1982), segundo os termos de uma lei belga de 1993, não porque essa lei não tivesse força jurídica no plano internacional, mas sim porque o réu, sendo Ministro da Defesa à época dos fatos, gozaria de "imunidades, de acordo com os costumes internacionais", aplicáveis perante tribunais de qualquer país. Pelas mesmas razões, a Corte julgou que a Bélgica tampouco tinha competência para julgar, segundo os termos da mesma lei nacional, um ex-Ministro das Relações Exteriores do Congo, acusado de estimular o massacre de centenas de membros da tribo tutsi, em 1998.

dolo direto, ou seja, quando o agente quer o resultado, quanto do chamado dolo eventual, pelo qual o agente assume o risco de produzir o resultado criminoso.

No art. 31, são declaradas como causas de exclusão da responsabilidade criminal as que constam, tradicionalmente, dos diferentes ordenamentos estatais. Mas o Estatuto não distingue, quanto ao regime jurídico, entre causas de inimputabilidade e causas justificativas ou excludentes de ilicitude, mencionando, no mesmo dispositivo, a enfermidade ou deficiência mental, a embriaguez (que na tradução oficial brasileira é designada pelo anglicismo "intoxicação"), a coação, a legítima defesa e o estado de necessidade. Quanto a este

último, porém, é criticável a exclusão da responsabilidade penal daquele que atua, nos crimes de guerra, em defesa "de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar" (parágrafo 1. c). É aberrante pretender que uma arma ou utensílio militar tenha igual valor que uma vida humana.

Aliás, o estabelecimento de um regime excepcional para o tratamento penal dos crimes de guerra é, certamente, um dos pontos fracos do Estatuto. O art. 33 nos oferece mais um exemplo dessa orientação criticável. Não será considerado penalmente responsável, dispõe o parágrafo 1, aquele que tiver agido em cumprimento de decisão emanada de um Governo, ou de um superior hierárquico, a menos que, cumulativamente: "a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão; b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; c) a decisão não fosse manifestamente ilegal". Como, pelo disposto no parágrafo 2, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal", temos que a escusa justificadora do cumprimento de decisão ou ordem superior só se aplica ao crime de agressão (ainda não definido) e aos crimes de guerra.

Composição do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional compõe-se de 18 juízes, três a mais do que na Corte Internacional de Justiça. O Estatuto abre ainda ao órgão da Presidência a faculdade de propor a ampliação desse número (art. 36, 1 e 2).

O provimento do cargo de juiz será sempre feito mediante proposta de um Estado Parte no Estatuto e deliberação da Assembléia dos Estados Partes, especialmente convocada para esse efeito (mesmo artigo, parágrafos 4, 5 e 6). Os candidatos a juiz, além de excelente conhecimento e fluência em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal, a saber, o inglês e o francês (art. 50. 2), deverão possuir também reconhecida competência e a necessária experiência em direito penal, direito processual penal e direito internacional, especialmente em matéria de direito humanitário e de direitos humanos em seu conjunto (art. 36, 3). O parágrafo 8, b do art. 36 acrescenta que "os Estados Partes levarão igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias, incluindo, entre outras, a violência contra mulheres e crianças".

Reproduzindo exigência constante do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o art. 36, 7 dispõe que o Tribunal Penal Internacional não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado Parte, sendo que, se a pessoa em questão tiver mais de uma nacionalidade, ela será considerada nacional do Estado onde exerce habitualmente os seus direitos civis e políticos.

Além da exigência de que, na seleção dos juízes, deve-se levar em consideração a necessidade de se assegurar a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo e uma representação geográfica equitativa (exigência bem mais razoável do que "a representação das mais altas formas de civilização", como estabeleceu criticavelmente o Estatuto da Corte Internacional de Justiça), o Estatuto de Roma acrescentou a regra de uma justa representação de juízes de ambos os sexos (art. 36, 8).

O órgão de acusação, no Tribunal, é o Gabinete do Procurador, composto por um Procurador e um ou mais Procuradores-Adjuntos, todos eleitos pela Assembléia dos Estados Partes (art. 42, 1 e 2). Para eles, curiosamente, não se exige que tenham conhecimento e experiência em direito penal e direito internacional, mas apenas em processo penal (mesmo artigo, 3).

Inquérito e procedimento criminal

Enquanto o inquérito é conduzido pelo Procurador, a instrução criminal compete aos juízes do Tribunal.

Os direitos do indiciado no inquérito (art. 55) e do acusado no processo criminal (art. 67) são declarados no Estatuto com maior amplitude do que em qualquer outro tratado internacional de direitos humanos. Por evidente influência do direito anglo-saxônico, dispõe-se que nem o indiciado (art. 55, 1, a) nem o acusado (art. 67, 1, g) podem ser obrigados a depor contra si mesmos, ou a se declararem culpados. O art. 66 estabelece a presunção de inocência do acusado, determinando que compete ao Procurador o ônus da prova da culpa. O Tribunal somente poderá proferir sentença condenatória, quando já não houver dúvida razoável de que o acusado é culpado.

O Estatuto regula, com louvável precisão, os incidentes de detenção ou de prisão preventiva do indiciado ou acusado, durante o inquérito ou o processo de instrução (art. 58). Fundando-se provavelmente no precedente do caso Pinochet, o procedimento de detenção ou prisão preventiva no Estado em que se encontra o indiciado ou acusado é também objeto de uma precisa regulação (art. 59).

O processo criminal comporta duas fases bem distintas, de instrução e de julgamento. Finda a instrução, o juiz proferirá uma sentença de pronúncia ou impronúncia do acusado (art. 61). Durante a fase de julgamento, especial atenção é dada à hipótese de confissão do acusado (art. 65).

Em disposição avançada, o Estatuto regula minuciosamente o dever de proteção das vítimas e das testemunhas durante todo o desenrolar do processo (art. 68).

A alegação de que determinada informação afeta a segurança nacional de um Estado é tratada no art. 72 com razoável equilíbrio, a fim de se preservarem, equitativamente, as exigências de um justo processo e de proteção a interesses nacionais dignos de respeito.

As sentenças de mérito são suscetíveis de recurso ou de revisão (arts. 81 e 84), processáveis perante o mesmo Tribunal.

As penas aplicáveis

A principal pena cominada aos réus condenados no processo perante o Tribunal Penal Internacional é a prisão, seja por tempo determinado, o qual não será superior a 30 anos, seja por toda a vida do condenado (art. 77, 1). O Tribunal tem também o poder de aplicar, facultativamente, uma pena de multa, de acordo com os critérios previstos no chamado Regulamento Processual (art. 77. 2. a).

Acessoriamente, a condenação importará na perda dos bens obtidos pelo réu com o crime praticado (art. 77. 2, b), bem como na obrigação de reparação dos prejuízos sofridos pelas vítimas (art. 75). Para esse efeito, o Estatuto determinou que seja criado, por decisão da Assembléia dos Estados Partes, um Fundo de indenização das vítimas (art. 79).

A compatibilidade do Estatuto do Tribunal Penal Internacional com a Constituição Brasileira de 1988

Por ocasião do processo de ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Roma de 1998, várias questões de natureza jurídica foram levantadas, tendo em vista aparentes conflitos do Estatuto com a nossa Constituição. Dentre essas questões, as principais foram as seguintes:

1. as exceções ao princípio da coisa julgada, estabelecidas no art. 20 do Estatuto;
2. a imprescritibilidade dos crimes abrangidos pela competência do Tribunal Penal Internacional (art. 29 do Estatuto);
3. a compatibilidade do processo de entrega (_surrender) de nacionais à jurisdição do Tribunal (art. 58 do Estatuto), diante da proibição constitucional de extradição de brasileiro (Constituição Federal, art. 5º; LI);
4. a cominação da pena de prisão perpétua (art. 77 do Estatuto).

O Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, em parecer datado de 26 de janeiro de 2001, declarou-se favorável à ratificação da Convenção, entendendo que as dúvidas suscitadas quanto à incompatibilidade do Estatuto com a Constituição Brasileira não seriam procedentes. No mesmo sentido manifestou-se o eminente Procurador da República André de Carvalho Ramos, em longo e substancioso estudo¹⁰.

Como foi salientado nesta obra¹¹, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, vai-se firmando hoje, na doutrina e na jurisprudência, o princípio da prevalência da regra mais favorável à dignidade humana dos sujeitos de direito, quer se trate da vítima, quer do agente violador da norma. Ora, no caso dos crimes de que trata o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, é indisputável que a vítima é a própria humanidade, considerada

10. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira, in Tribunal Penal Internacional, org, Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 245 e s.

11. P. 61.

em seu conjunto como sujeito de direito. Em tais condições, salvo na hipótese de manifesto excesso normativo, não se pode deixar de considerar que o interesse da humanidade sobrepuja, em regra, o da pessoa ou pessoas que comparecem perante o Tribunal Penal Internacional na condição de indiciadas ou acusadas.

O exame atento das disposições constitucionais brasileiras que parecem conflitar com o Estatuto, como bem salientaram as autoridades acima citadas, leva à conclusão de que aquelas normas internacionais não de ser aplicadas no Brasil.

As exceções ao princípio da coisa julgada, estabelecidas no art. 20 do Estatuto, justificam-se plenamente, pois elas dizem respeito a situações em que a coisa julgada ocorrida no Brasil estaria viciada pelo fato de o processo-crime ter sido realizado no intuito de fraudar a aplicação do Estatuto em relação ao réu.

Quanto à imprescritibilidade dos crimes definidos no Estatuto, deve-se lembrar que a própria Constituição abre exceções à regra geral da prescrição penal, em relação aos crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV). Não faria sentido sustentar que tais crimes seriam menos graves que os definidos no Estatuto, de modo a se recusar, em relação a eles, a regra da imprescritibilidade.

Já no tocante à possibilidade de o Brasil concordar em submeter cidadão brasileiro que se encontre em nosso território à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, deve-se assinalar que o Estatuto estabelece, em seu art. 102, a distinção entre extradição e entrega (_surrender). A extradição supõe uma relação de cooperação, em plano de absoluta igualdade, entre dois Estados em um processo criminal, enquanto a entrega refere-se à cooperação de um Estado com um órgão jurisdicional internacional. Neste último caso, as partes envolvidas na relação situam-se em planos jurídicos diferentes. Não se deve, a propósito,

esquecer que a Constituição Brasileira dispõe, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que "o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos". Ora, sendo o Tribunal Penal Internacional, como é óbvio, um órgão do sistema internacional de direitos humanos, não se pode deixar de concluir que a entrega de cidadão brasileiro àquele tribunal refoge ao âmbito de aplicação do art. 5º, LI, da nossa Constituição.

Por último, a proibição de penas de caráter perpétuo, constante do art. 5º, XLVII, b da Constituição, deve ser interpretada em seus justos termos. O seu âmbito de aplicação, como é manifesto, circunscreve-se ao ordenamento jurídico nacional. A norma em questão nada tem que ver com a extradição, esta regulada nos incisos LI e LII do art. 5º. Seria obviamente um contra-senso supor-se a transnacionalidade, de pleno direito, de uma norma do ordenamento nacional.

Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹² (Excertos)

Preâmbulo

Os Estados Partes no presente Estatuto,

Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,

Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua

12. Tradução oficial do Governo brasileiro.

repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,

Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,

Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,

Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,

Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,

Determinados em perseguir este objetivo e, no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,

Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,

Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da

justiça internacional,
Convieram no seguinte:

CAPÍTULO 1- CRIAÇÃO DO TRIBUNAL

Artigo 1º O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Artigo 2º Relação do Tribunal com as Nações Unidas

A relação entre o Tribunal e as Nações Unidas será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes no presente Estatuto e, em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

Artigo 3º Sede do Tribunal

1. A sede do Tribunal será na Haia, Países Baixos ("o Estado anfitrião").
2. O Tribunal estabelecerá um acordo de sede com o Estado anfitrião, a ser aprovado pela Assembléia dos Estados Partes e em seguida concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.
3. Sempre que entender conveniente, o Tribunal poderá funcionar em outro local, nos termos do presente Estatuto.

Artigo 4º Regime jurídico e poderes do Tribunal

1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.
2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do Presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.

CAPÍTULO II - COMPETÊNCIA, ADMISSIBILIDADE E DIREITO APLICÁVEL

Artigo 5º Crimes da competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
 - a) O crime de genocídio;
 - b) Crimes contra a humanidade;
 - c) Crimes de guerra;

d) O crime de agressão.

2.0 Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Artigo 6º

Crime de genocídio

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Artigo 7º

Crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física OU a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução

dessa política;

b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno, relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Artigo 8º

Crimes de guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

I) Homicídio doloso;

II) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

- III) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
- IV) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
- V) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
- VI) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
- VII) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;
- VIII) Tomada de reféns;
- b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:
 - I) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral, ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;
 - II) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares;
 - III) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;
 - IV) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;
 - V) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;
 - VI) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;
 - VII) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;
 - VIII) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;
 - IX) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;
 - X) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde;
 - XI) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;
 - XII) Declarar que não será dado quartel;
 - XIII) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra;

XIV) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

XV) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

XVI) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

XVII) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

XVIII) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

XIX) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

XX) Utilizar armas, projéteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123;

XXI) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

XXII) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 79, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;

XXIII) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

XXIV) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

XXV) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

XXVI) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 39 comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

I) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

II) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

III) A tomada de reféns;

IV) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como

indispensáveis.

d) A alínea c) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

I) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

II) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

III) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

IV) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

V) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

VI) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2º do artigo 79, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 39 comum às quatro Convenções de Genebra;

VII) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

VIII) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

IX) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;

X) Declarar que não será dado quartel;

XI) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

XII) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;

f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3. O disposto nas alíneas c) e e) do parágrafo 2º, em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a

integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

Artigo 9º

Elementos constitutivos dos crimes

1. Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

2. As alterações aos elementos constitutivos dos crimes poderão ser propostas por:

- a) Qualquer Estado Parte;
- b) Os juízes, através de deliberação tomada por maioria absoluta;
- c) O Procurador.

As referidas alterações entram em vigor depois de aprovadas por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

3. Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto.

Artigo 10

Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.

Artigo 11

Competência *ratione temporis*

1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 39 do artigo 12.

Artigo 12

Condições prévias ao exercício da jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto aceitará a jurisdição do Tribunal, relativamente aos crimes a que se refere o artigo 59.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 39.

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um Crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou

exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

Artigo 13

Exercício da jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 59, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

- a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;
- b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou
- c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Artigo 14

Denúncia por um Estado Parte

1. Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

2. O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha.

Artigo 15

Procurador

1. O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal.

2. O Procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da Organização das Nações Unidas, às Organizações Intergovernamentais OU Não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal.

3. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao Juízo de Instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o Regulamento Processual.

4. Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o Juízo de Instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um Inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade. 5. A recusa do Juízo de Instrução em autorizar a abertura do inquérito não impedirá o Procurador de formular ulteriormente outro pedido com base em novos fatos ou provas respeitantes à mesma situação.

6. Se, depois da análise preliminar a que se referem os parágrafos 1º e 2º, o Procurador concluir que a informação apresentada

não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o Procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o Procurador examine, à luz de novos fatos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.

Artigo 16

Adiamento do inquérito e do procedimento criminal

Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

Artigo 17

Questões relativas à admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do Preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

- a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por Parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;
- b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;
- c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;
- d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;
- b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
- c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

[...]

Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada OU absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

- a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
- b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Artigo 21

Direito aplicável

1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

CAPÍTULO III - PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL

Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação

de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Artigo 24

Não retroatividade *ratione personae*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

Artigo 25

Responsabilidade criminal individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer conforme o caso:

I) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro implique a prática de um crime da competência do Tribunal; ou

II) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime.

e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;

f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Artigo 26

Exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos

O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Artigo 27

Irrelevância da qualidade oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as Pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário Público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de persi motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Artigo 28

Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

I) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

II) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

I) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

II) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

III) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática OU para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Artigo 30

Elementos psicológicos

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:

- a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la;
- b) Relativamente a um efeito do crime 1 se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos.

3. Nos termos do presente artigo, entende-se por "conhecimento" a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.

Artigo 31

Causas de exclusão da responsabilidade criminal

1. Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada Criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

- a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;
- b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter Conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;

c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em Caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;

d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá:

- I) Ter sido feita por outras pessoas; ou
- II) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.

2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão

aplicáveis no caso em apreço.

3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal, distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.

Artigo 32

Erro de fato ou erro de direito

1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33 do presente Estatuto.

Artigo 33

Decisão hierárquica e disposições legais

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:

- a) Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;
- b) Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e
- c) A decisão não fosse manifestamente ilegal.

2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

CAPÍTULO IV - COMPOSIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL

Artigo 34

Órgãos do Tribunal

O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

- a) A Presidência;
- b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução;
- c) O Gabinete do Procurador;
- d) A Secretaria.

Artigo 35

Exercício das funções de juiz

1. Os juizes serão eleitos membros do Tribunal para exercer funções em regime de exclusividade e deverão estar disponíveis para desempenhar o respectivo cargo desde o início do seu mandato.

2. Os juizes que comporão a Presidência desempenharão as suas funções em regime de exclusividade desde a sua eleição.

3. A Presidência poderá, em função do volume de trabalho do Tribunal, e após consulta dos seus membros, decidir periodicamente em que medida é que será necessário que os restantes juizes desempenhem as

suas funções em regime de exclusividade. Estas decisões não prejudicarão o disposto no artigo 40.

4. Os ajustes de ordem financeira relativos aos juizes que não tenham de exercer os respectivos cargos em regime de exclusividade serão adotados em conformidade com o disposto no artigo 49.

Artigo 36

Qualificações, Candidatura e eleição dos juizes

1. Sob reserva do disposto no parágrafo 2º, o Tribunal será composto por 18 juizes.

2. a) A Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor o aumento do número de juizes referido no parágrafo 1º fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. O Secretário comunicará imediatamente a proposta a todos os Estados Partes;

b) A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada nos termos do artigo 112 e deverá ser considerada adotada se for aprovada na sessão por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes; a proposta entrará em vigor na data fixada pela Assembléia dos Estados Partes;

c) I) Logo que seja aprovada a proposta de aumento do número de juizes, de acordo com o disposto na alínea b), a eleição dos juizes adicionais terá lugar no período seguinte de sessões da Assembléia dos Estados Partes, nos termos dos parágrafos 3º a 8º do presente artigo e do parágrafo 2º do artigo 37;

II) Após a aprovação e a entrada em vigor de uma proposta de aumento do número de juizes, de acordo com o disposto nas alíneas b) e c) I), a Presidência poderá, a qualquer momento, se o volume de trabalho do Tribunal assim o justificar, propor que o número de juizes seja reduzido, mas nunca para um número inferior ao fixado no parágrafo 1º. A proposta será apreciada de acordo com o procedimento definido nas alíneas a) e b). Caso a proposta seja aprovada, o número de juizes será progressivamente reduzido, à medida que expirem os mandatos e até que se alcance o número previsto.

3. a) Os juizes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países.

b) Os candidatos a juizes deverão possuir:

I) Reconhecida competência em direito penal e direito processual penal e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante; ou

II) Reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal.

c) Os candidatos a juizes deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. a) Qualquer Estado Parte no presente Estatuto poderá propor candidatos às eleições para juiz do Tribunal mediante:

I) O procedimento previsto para propor candidatos aos mais altos cargos judiciais do país; ou

II) O procedimento previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça para propor candidatos a esse Tribunal.

As propostas de candidatura deverão ser acompanhadas de uma exposição detalhada comprovativa de que o candidato possui os requisitos enunciados no parágrafo 3º.

b) Qualquer Estado Parte poderá apresentar uma candidatura de uma pessoa que não tenha necessariamente a sua nacionalidade, mas que seja nacional de um Estado Parte;

c) A Assembléia dos Estados Partes poderá decidir constituir, se apropriado, uma Comissão consultiva para o exame das candidaturas. Neste caso, a Assembléia dos Estados Partes determinará a composição e o mandato da Comissão.

5. Para efeitos da eleição, serão estabelecidas duas listas de candidatos:

A lista A, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) I) do parágrafo 3º; e

A lista B, com os nomes dos candidatos que reúnam os requisitos enunciados na alínea b) II) do parágrafo 3º.

O candidato que reúna os requisitos constantes de ambas as listas, poderá escolher em qual delas deseja figurar. Na primeira eleição de membros do Tribunal, pelo menos nove juizes serão eleitos entre os candidatos da lista A e pelo menos cinco entre os candidatos da lista B. As eleições subsequentes serão organizadas por forma a que se mantenha no Tribunal uma proporção equivalente de juizes de ambas as listas.

6. a) Os juizes serão eleitos por escrutínio secreto, em sessão da Assembléia dos Estados Partes convocada para esse efeito, nos termos do artigo 112. Sob reserva do disposto no parágrafo 7, serão eleitos os 18 candidatos que obtenham o maior número de votos e uma maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes;

b) No caso em que da primeira votação não resulte eleito um número suficiente de juizes, proceder-se-á a nova votação, de acordo com os procedimentos estabelecidos na alínea a), até provimento dos lugares restantes.

7. O Tribunal não poderá ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado. Para este efeito, a pessoa que for considerada nacional de mais de um Estado será considerada nacional do Estado onde exerce habitualmente os seus direitos civis e políticos.

8. a) Na seleção dos juizes, os Estados Partes ponderarão sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua:

I) A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo;

II) Uma representação geográfica eqüitativa; e

III) Uma representação justa de juizes do sexo feminino e do sexo masculino.

b) Os Estados Partes levarão igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juizes especializados em determinadas matérias incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças.

9. a) Salvo o disposto na alínea b), os juizes serão eleitos por um mandato de nove anos e não poderão ser reeleitos, salvo o disposto na alínea c) e no parágrafo 2º do artigo 37.

b) Na primeira eleição, um terço dos juizes eleitos será selecionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será selecionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos;

c) Um juiz selecionado para exercer um mandato de três anos, em conformidade com a alínea b), poderá ser reeleito para um mandato completo.

10. Não obstante o disposto no parágrafo 9, um juiz afeto a um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou de Recurso, em conformidade com o artigo 39, permanecerá em funções até à conclusão do julgamento ou do recurso dos casos que tiver a seu cargo.

Vagas

1. Caso ocorra uma vaga, realizar-se-á uma eleição para o seu provimento, de acordo com o artigo 36.
2. O juiz eleito para prover uma vaga, concluirá o mandato do seu antecessor e, se esse período for igual ou inferior a três anos, poderá ser reeleito para um mandato completo, nos termos do artigo 36.

[...]

Artigo 40

Independência dos juízes

1. Os juizes serão independentes no desempenho das suas funções.
2. Os juizes não desenvolverão qualquer atividade que possa ser incompatível com o exercício das suas funções judiciais ou prejudicar a confiança na sua independência.
3. Os juizes que devam desempenhar os seus cargos em regime de exclusividade na sede do Tribunal não poderão ter qualquer outra ocupação de natureza profissional.
4. As questões relativas à aplicação dos parágrafos 2º e 3º serão decididas por maioria absoluta dos juizes. Nenhum juiz participará na decisão de uma questão que lhe diga respeito.

Artigo 41

Impedimento e desqualificação de juízes

1. A Presidência poderá, a pedido de um juiz, declarar seu impedimento para o exercício de alguma das funções que lhe confere o presente Estatuto, em conformidade com o Regulamento Processual.
2. a) Nenhum juiz pode participar num caso em que, por qualquer motivo, seja posta em dúvida a sua imparcialidade. Será desqualificado, em conformidade com o disposto neste número, entre outras razões, se tiver intervindo anteriormente, a qualquer título, em um caso submetido ao Tribunal ou em um procedimento criminal conexo em nível nacional que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal. Pode ser igualmente desqualificado por qualquer outro dos motivos definidos no Regulamento Processual:
 - b) O Procurador ou a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar a desqualificação de um juiz em virtude do disposto no presente número;
 - c) As questões relativas à desqualificação de juizes serão decididas por maioria absoluta dos juizes. O juiz cuja desqualificação for solicitada, poderá pronunciar-se sobre a questão, mas não poderá tomar parte na decisão.

Artigo 42

O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Competir-lhe-á recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.
2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo Procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O

Procurador será Coadjuvado por um ou mais Procuradores-Adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade Com o disposto no presente Estatuto. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O Procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes. Os Procuradores-Adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo Procurador. O Procurador proporá três candidatos para cada cargo de Procurador-Adjunto a prover. A menos que, ao tempo da eleição, seja fixado um período mais curto, o Procurador e os Procuradores-Adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de carácter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento-crime conexo em nível nacional, que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto serão decididas pelo Juízo de Recursos:

a) A pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, pelos motivos previstos no presente artigo;

b) O Procurador ou o Procurador-Adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.

9. O Procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e da violência contra as crianças.

[...]

Artigo 45 Compromisso solene

Antes de assumir as funções previstas no presente Estatuto, os juizes, o procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-Adjunto declararão solenemente, em sessão pública, que exercerão as suas funções imparcial e conscienciosamente.

Artigo 46 Cessação de funções

1. Um Juiz, o Procurador, um Procurador-Adjunto, o Secretário ou o Secretário-Adjunto cessará as respectivas funções, por decisão adotada de acordo com o disposto no parágrafo 2º, nos casos em que:

a) Se conclua que a pessoa em causa incorreu em falta grave ou incumprimento grave das funções conferidas pelo presente Estatuto, de acordo com o previsto no Regulamento Processual; ou

b) A pessoa em causa se encontre impossibilitada de desempenhar as funções definidas no presente Estatuto.

2. A decisão relativa à cessação de funções de um juiz, do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, de acordo com o parágrafo 1º, será adotada pela Assembléia dos Estados Partes em escrutínio secreto:

a) No caso de um juiz, por maioria de dois terços dos Estados Partes, com base em recomendação adotada por maioria de dois terços dos restantes juizes;

b) No caso do Procurador por maioria absoluta dos Estados Partes;

c) No caso de um Procurador-Adjunto, por maioria absoluta dos Estados Partes, com base na recomendação do Procurador.

3. A decisão relativa à cessação de funções do Secretário ou do Secretário-Adjunto, será adotada por maioria absoluta de votos dos juizes.

4. Os juizes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto, cuja conduta ou idoneidade para o exercício das funções inerentes ao cargo em conformidade com o presente Estatuto tiver sido contestada ao abrigo do presente artigo, terão plena possibilidade de apresentar e obter meios de prova e produzir alegações de acordo com o Regulamento Processual; não poderão, no entanto, participar de qualquer outra forma, na apreciação do caso.

Artigo 47

Medidas disciplinares

Os Juizes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário ou o Secretário-Adjunto que tiverem cometido uma falta menos grave que a

prevista no parágrafo 1º do artigo 46 incorrerão em responsabilidade disciplinar nos termos do Regulamento Processual.

Artigo 48

Privilégios e Imunidades

1. O Tribunal gozará, no território dos Estados Partes, dos privilégios e imunidades que se mostrem necessários ao cumprimento das suas funções.

2. Os juizes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos e o Secretário gozarão, no exercício das suas funções ou em relação a estas, dos mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas, continuando a usufruir de absoluta imunidade judicial relativamente às suas declarações, orais ou escritas, e aos atos que pratiquem no desempenho de funções oficiais após o termo do respectivo mandato.

3. O Secretário-Adjunto, o pessoal do Gabinete do Procurador e o pessoal da Secretaria gozarão dos mesmos privilégios e imunidades e das facilidades necessárias ao cumprimento das respectivas funções, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

4. Os advogados, peritos, testemunhas e outras pessoas, cuja presença seja requerida na sede do Tribunal, beneficiar-se-ão do tratamento que se mostre necessário ao funcionamento adequado deste, nos termos do acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal.

5. Os privilégios e imunidades poderão ser levantados:

a) No caso de um juiz ou do Procurador por decisão adotada por maioria absoluta dos juizes;

- b) No caso do Secretário, pela Presidência;
- c) No caso dos Procuradores-Adjuntos e do pessoal do Gabinete do Procurador, pelo Procurador;
- d) No caso do Secretário-Adjunto e do pessoal da Secretaria, pelo Secretário.

Artigo 49

Vencimentos, subsídios e despesas

Os juizes, o Procurador, os Procuradores-Adjuntos, o Secretário e o Secretário-adjunto auferirão os vencimentos e terão direito aos subsídios e ao reembolso de despesas que forem estabelecidos em Assembléia dos Estados Partes. Estes vencimentos e subsídios não serão reduzidos no decurso do mandato.

Artigo 50

Línguas oficiais e línguas de trabalho

1. As línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa serão as línguas oficiais do Tribunal. As sentenças proferidas pelo Tribunal, bem como outras decisões sobre questões fundamentais submetidas ao Tribunal, serão publicadas nas línguas oficiais. A Presidência, de acordo com os critérios definidos no Regulamento Processual, determinará quais as decisões que poderão ser consideradas como decisões sobre questões fundamentais, para os efeitos do presente parágrafo.

2. As línguas francesa e inglesa serão as línguas de trabalho do Tribunal. O Regulamento Processual definirá os casos em que outras línguas oficiais poderão ser usadas como línguas de trabalho.

3. A pedido de qualquer Parte ou qualquer Estado que tenha sido admitido intervir num processo, o Tribunal autorizará o uso de uma língua que não seja francesa ou a inglesa, sempre que considere que tal autorização se justifica.

Artigo 51

Regulamento Processual

1. O Regulamento Processual entrará em vigor mediante a sua aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes.

2. Poderão propor alterações ao Regulamento Processual:

- a) Qualquer Estado Parte;
- b) Os juizes, por maioria absoluta; ou
- c) O Procurador.

Estas alterações entrarão em vigor mediante a aprovação por uma maioria de dois terços dos votos dos membros da Assembléia dos Estados partes.

3. Após a aprovação do Regulamento Processual, em casos urgentes em que a situação concreta suscitada em Tribunal não se encontre prevista no Regulamento Processual, os juizes poderão, por maioria de dois terços, estabelecer normas provisórias a serem aplicadas até que a Assembléia dos Estados Partes as aprove, altere ou rejeite na sessão ordinária ou extraordinária seguinte.

4. O Regulamento Processual, e respectivas alterações, bem como quaisquer normas provisórias, deverão estar em consonância com o presente Estatuto. As alterações ao Regulamento Processual, assim como as normas provisórias aprovadas em conformidade com o parágrafo 3º, não serão aplicadas com caráter retroativo em detrimento de qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal, ou que tenha

sido condenada.

5. Em caso de conflito entre as disposições do Estatuto e as do Regulamento Processual, o Estatuto prevalecerá.

[...]

CAPÍTULO V - INQUÉRITO E PROCEDIMENTO CRIMINAL

[...]

Artigo 55

Direitos das pessoas no decurso do inquérito

1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto:

- a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada;
- b) Nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; e
- c) Qualquer pessoa que for interrogada numa língua que não compreenda ou não fale fluentemente, será assistida, gratuitamente, por um intérprete competente e disporá das traduções que são necessárias às exigências de equidade;
- d) Nenhuma pessoa poderá ser presa ou detida arbitrariamente, nem ser privada da sua liberdade, salvo pelos motivos previstos no presente Estatuto e em conformidade com os procedimentos nele estabelecidos.

2. Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo Procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza ainda dos seguintes direitos:

- a) A ser informada antes de ser interrogada de que existem indícios de que cometeu um crime da competência do Tribunal;
- b) A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência;
- c) A ser assistida por um advogado da sua escolha ou, se não o tiver a solicitar que lhe seja designado um defensor dativo, em todas as situações em que o interesse da justiça assim o exija e sem qualquer encargo se não possuir meios suficientes para lhe pagar; e
- d) A ser interrogada na presença do seu advogado, a menos que tenha renunciado voluntariamente ao direito de ser assistida por um advogado.

[...]

CAPÍTULO VI - O JULGAMENTO

[...]

Artigo 58

Mandado de detenção e notificação para comparecimento do Juízo de Instrução

1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Procurador considerar que:

a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e
b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para:
I) Garantir o seu comparecimento em tribunal;
II) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou
III) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

2. Do requerimento do Procurador deverão constar os seguintes elementos:

a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que a pessoa tenha presumivelmente cometido;
c) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime;
d) Um resumo das provas e de qualquer outra informação que constitua motivo suficiente para crer que a pessoa cometeu o crime; e
e) Os motivos pelos quais o Procurador considere necessário proceder à detenção daquela pessoa.

3. Do mandado de detenção deverão constar os seguintes elementos:

a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que justifique o pedido de detenção; e
c) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime.

4. O mandado de detenção, manter-se-á válido até decisão em contrário do Tribunal.

5. Com base no mandado de detenção, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto.

6. O Procurador poderá solicitar ao Juízo de Instrução que altere o mandado de detenção no sentido de requalificar os crimes aí indicados ou de adicionar outros. O Juízo de Instrução alterará o mandado de detenção se considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu quer os crimes na forma que se indica nessa requalificação, quer os novos crimes.

7. O Procurador poderá solicitar ao Juízo de Instrução que, em vez de um mandado de detenção, emita uma notificação para comparecimento. Se o Juízo considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu o crime que lhe é imputado e que uma notificação para comparecimento será suficiente para garantir a sua presença efetiva em tribunal, emitirá uma notificação para que a pessoa compareça, com ou sem a imposição de medidas restritivas de liberdade (distintas da detenção) se previstas no direito interno. Da notificação para comparecimento deverão constar os seguintes elementos:

a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
b) A data de comparecimento;
c) A referência precisa ao crime da competência do Tribunal que a pessoa alegadamente tenha cometido; e
d) Uma descrição sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime.

Esta notificação será diretamente feita à pessoa em causa.

Procedimento de detenção no Estado da detenção

1. O Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, adotará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com o disposto na Parte IX.

2. O detido será imediatamente levado à presença da autoridade judiciária competente do Estado da detenção que determinará se, de acordo com a legislação desse Estado:

- a) O mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa;
- b) A detenção foi executada de acordo com a lei;
- c) Os direitos do detido foram respeitados.

3. O detido terá direito a solicitar à autoridade COmpetente do Estado da detenção autorização para aguardar a sua entrega em liberdade.

4. Ao decidir sobre o pedido, a autoridade competente do Estado da detenção determinará se, em face da gravidade dos crimes imputados, se verificam circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado de detenção possa cumprir a sua obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal. Essa autoridade não terá competência para examinar se o mandado de detenção foi reguariamente emitido, nos termos das alíneas a) e b) do parágrafo 1º do artigo 58.

5. O pedido de liberdade provisória será notificado ao Juízo de Instrução, o qual fará recomendações à autoridade competente do Estado da detenção. Antes de tomar uma decisão, a autoridade competente do Estado da detenção terá em conta essas recomendações, incluindo as relativas a medidas adequadas para impedir a fuga da pessoa.

6. Se a liberdade provisória for concedida, o Juízo de Instrução poderá solicitar informações periódicas sobre a situação de liberdade provisória.

7. Uma vez que o Estado da detenção tenha ordenado a entrega, o detido será colocado, o mais rapidamente possível, à disposição do Tribunal.

[...]

Artigo 65

Procedimento em caso de confissão

1. Se o acusado confessar nos termos do parágrafo 8, alínea a), do artigo 64, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância apurará:

- a) Se o acusado compreende a natureza e as conseqüências da sua Confissão;
- b) Se essa confissão foi feita livremente, após devida consulta ao seu advogado de defesa; e
- c) Se a confissão é corroborada pelos fatos que resultam:
 - I) Da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado;
 - II) De quaisquer meios de prova que confirmam os fatos constantes da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado; e
 - III) De quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas, apresentados pelo Procurador ou pelo acusado.

2. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância estimar que estão reunidas as condições referidas no parágrafo 1º, considerará que a confissão, juntamente com quaisquer provas adicionais produzidas, constitui um reconhecimento de todos os elementos essenciais constitutivos do crime pelo qual o acusado se declarou culpado e poderá condená-lo por esse crime.

3. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância estimar que não estão reunidas as condições referidas no parágrafo 1º, considerará

a confissão como não tendo tido lugar e, nesse caso, ordenará que o julgamento prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, podendo transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

4. Se o Juízo de Julgamento em Primeira Instância considerar necessária, no interesse da justiça, e em particular no interesse das vítimas, uma explanação mais detalhada dos fatos integrantes do caso, poderá:

- a) Solicitar ao Procurador que apresente provas adicionais, incluindo depoimentos de testemunhas; ou
- b) Ordenar que o processo prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, caso em que considerará a confissão como não tendo tido lugar e poderá transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

5. Quaisquer consultas entre o Procurador e a defesa, no que diz respeito à alteração dos fatos constantes da acusação, à confissão ou à pena a ser imposta, não vincularão o Tribunal.

Artigo 66

Presunção de inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.

2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.

3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Artigo 67

Direitos do acusado

1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade:

a) A ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados;

b) A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha;

c) A ser julgado sem atrasos indevidos;

d) Salvo o disposto no parágrafo 2º do artigo 63, o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;

e) A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;

f) A ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal;

g) A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência;

h) A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e

I) A que não lhe seja imposta quer a inversão do ônus da prova, quer a Impugnação.

2. Além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto o Procurador comunicara à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controle e que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do acusado, ou a atenuar a SUA culpa, ou que possam afetar a credibilidade das provas de acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir.

Artigo 68

Proteção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo

1. O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal levará em conta todos os fatores pertinentes, incluindo a idade, o gênero, tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de agressão sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado gênero ou de violência contra crianças, O Procurador adotará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal. Tais medidas não poderão prejudicar nem ser incompatíveis com os direitos do acusado ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial.

2. Enquanto exceção ao princípio do caráter público das audiências estabelecido no artigo 67, qualquer um dos Juízos que compõem o Tribunal poderá, a fim de proteger as vítimas e as testemunhas ou o acusado, decretar que um ato processual se realize, no todo ou em parte à porta fechada ou permitir a produção de prova por meios eletrônicos ou outros meios especiais. Estas medidas aplicar-se-ão, nomeadamente, no caso de uma vítima de violência sexual ou de um menor que seja vítima ou testemunha, salvo decisão em contrário adotada pelo Tribunal, ponderadas todas as circunstâncias, particularmente a opinião da vítima ou da testemunha.

3. Se os interesses pessoais das vítimas forem afetados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do acusado nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual.

4. A Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas poderá aconselhar o Procurador e o Tribunal relativamente a medidas adequadas de proteção, mecanismos de segurança, assessoria e assistência a que se faz referência no parágrafo 6 do artigo 43.

5. Quando a divulgação de provas ou de informação, de acordo com o presente Estatuto, representar um grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família, o Procurador poderá, para efeitos de qualquer diligência anterior ao julgamento, não apresentar as referidas provas ou informação, mas antes um resumo das mesmas. As medidas desta natureza deverão ser postas em prática de uma forma que não seja prejudicial aos direitos do acusado ou incompatível com estes e com a

realização de um julgamento equitativo e imparcial.

6. Qualquer Estado poderá solicitar que sejam tomadas as medidas necessárias para assegurar a proteção dos seus funcionários ou agentes, bem como a proteção de toda a informação de caráter confidencial ou restrito.

Artigo 69

Prova

1. Em conformidade com o Regulamento Processual e antes de depor, qualquer testemunha se comprometerá a fazer o seu depoimento com verdade.

2. A prova testemunhal deverá ser prestada pela própria pessoa no decurso do julgamento, salvo quando se apliquem as medidas estabelecidas no artigo 68 ou no Regulamento Processual. De igual modo, o Tribunal poderá permitir que uma testemunha preste declarações oralmente ou por meio de gravação em vídeo ou áudio, de que sejam apresentados documentos ou transcrições escritas, nos termos do presente Estatuto e de acordo com o Regulamento Processual. Estas medidas não poderão prejudicar os direitos do acusado, nem ser incompatíveis com eles.

3. As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos.

4. O Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo ou para a avaliação equitativa dos depoimentos de uma testemunha em conformidade com o Regulamento Processual.

5. O Tribunal respeitará e atenderá aos privilégios de confidencialidade estabelecidos no Regulamento Processual.

6. O Tribunal não exigirá prova dos fatos do domínio público, mas poderá fazê-los constar dos autos.

7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando:

a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou

b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.

8. O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado.

[...]

Artigo 72

Proteção de informação relativa à segurança nacional

1. O presente artigo aplicar-se-á a todos os casos em que a divulgação de informação ou de documentos de um Estado possa, no entender deste, afetar os interesses da sua segurança nacional. Tais casos incluem os abrangidos pelas disposições constantes dos parágrafos 2º e 3º do artigo 56, parágrafo 3º do artigo 61, parágrafo 3º do artigo 64, parágrafo 2º do artigo 67, parágrafo 6º do artigo 68, parágrafo 6º do artigo 87 e do artigo 93, assim como os que se apresentem em qualquer outra fase do processo em que uma tal divulgação

possa estar em causa.

2. O presente artigo aplicar-se-á igualmente aos casos em que uma pessoa a quem tenha sido solicitada a prestação de informação ou provas, se tenha recusado a apresentá-las ou tenha entregue a questão ao Estado, invocando que tal divulgação afetaria os interesses da segurança nacional do Estado, e o Estado em causa confirme que, no seu entender, essa divulgação afetaria os interesses da sua segurança nacional.

3. Nada no presente artigo afetará os requisitos de confidencialidade a que se referem as alíneas e) e f) do parágrafo 3º do artigo 54, nem a aplicação do artigo 73.

4. Se um Estado tiver conhecimento de que informações ou documentos do Estado estão a ser, ou poderão vir a ser, divulgados em qualquer fase do processo, e considerar que essa divulgação afetaria os seus interesses de segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir com vista a ver alcançada a resolução desta questão em conformidade com o presente artigo.

5. O Estado que considere que a divulgação de determinada informação poderá afetar os seus interesses de segurança nacional adotará, em conjunto com o Procurador, a defesa, o Juízo de Instrução ou o Juízo de Julgamento em Primeira Instância, conforme o caso, todas as medidas razoavelmente possíveis para encontrar uma solução através da concertação. Estas medidas poderão incluir:

a) A alteração ou o esclarecimento dos motivos do pedido;

b) Uma decisão do Tribunal relativa à relevância das informações ou dos elementos de prova solicitados, ou uma decisão sobre se as provas, ainda que relevantes, não poderiam ser ou ter sido obtidas junto de fonte distinta do Estado requerido;

c) A obtenção da informação ou de provas de fonte distinta ou em uma forma diferente; ou

d) Um acordo sobre as condições em que a assistência poderá ser prestada incluindo, entre outras, a disponibilização de resumos ou exposições restrições à divulgação, recurso ao procedimento à porta fechada ou à revelia de uma das partes, ou aplicação de outras medidas de proteção permitidas pelo Estatuto ou pelo Regulamento Processual.

6. Realizadas todas as diligências razoavelmente possíveis com vista a resolver a questão por meio de concertação, e se o Estado considerar não haver meios nem condições para que as informações ou os documentos possam ser fornecidos ou revelados sem prejuízo dos seus interesses de segurança nacional, notificará O Procurador ou o Tribunal nesse sentido indicando as razões precisas que fundamentaram a sua decisão, a menos que a descrição específica dessas razões prejudique, necessariamente, os interesses de segurança nacional do Estado.

7. Posteriormente se decidir que a prova é relevante e necessária para a determinação da culpa ou inocência do acusado, o Tribunal poderá adotar as seguintes medidas:

a) Quando a divulgação da informação ou do documento for solicitada no âmbito de um pedido de cooperação, nos termos da Parte IX do presente Estatuto ou nas circunstâncias a que se refere o parágrafo 2º do presente artigo, e o Estado invocar o motivo de recusa estatuído no parágrafo 4º do artigo 93;

I) O Tribunal poderá, antes de chegar a qualquer uma das conclusões a que se refere o ponto II) da alínea a) do parágrafo 7º, solicitar consultas suplementares com o fim de ouvir o Estado, incluindo, se for caso disso, a sua realização à porta fechada ou à revelia de uma das partes;

II) Se o Tribunal concluir que, ao invocar o motivo de recusa estatuído no parágrafo 4º do artigo 93, dadas as circunstâncias do caso, o Estado requerido não está a atuar de harmonia com as obrigações impostas pelo presente Estatuto, poderá remeter a questão nos termos do

parágrafo 7 do artigo 87, especificando as razões da sua conclusão; e

III) O Tribunal poderá tirar as conclusões, que entender apropriadas, em razão das circunstâncias, ao julgar o acusado, quanto à existência ou inexistência de um fato; ou

b) Em todas as restantes circunstâncias:

I) Ordenar a revelação; ou

II) Se não ordenar a revelação, inferir, no julgamento do acusado, quanto à existência ou inexistência de um fato, conforme se mostrar apropriado.

[...]

Artigo 75

Reparação em favor das vítimas

1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.

2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79.

3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e levar em consideração as pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados.

4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 93.

5. Os Estados Partes observarão as decisões proteridas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo.

6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.

Artigo 76

Aplicação da pena

1. Em caso de condenação, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância determinará a pena a aplicar tendo em conta os elementos de prova e as exposições relevantes produzidos no decurso do julgamento.

2. Salvo nos casos em que seja aplicado o artigo 65 e antes de concluído o julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, oficiosamente, e deverá, a requerimento do Procurador ou do acusado, convocar uma audiência suplementar a fim de conhecer de quaisquer novos elementos de prova ou exposições relevantes para a determinação da pena de harmonia com o Regulamento Processual.

3. Sempre que o parágrafo 2º for aplicável, as pretensões

previstas no artigo 75 serão ouvidas pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância no decorrer da audiência suplementar referida no parágrafo 2º e, se necessário, no decorrer de qualquer nova audiência.

4. A sentença será proferida em audiência pública e, sempre que possível na presença do acusado.

CAPITULO VII - AS PENAS

Artigo 77

Penas aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Artigo 78

Determinação da pena

1. Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, em harmonia com o Regulamento Processual, a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

2. O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o Período durante o qual o acusado esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.

3. Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77, parágrafo 1º, alínea b).

Artigo 79

Fundo em favor das vítimas

1. Por decisão da Assembléia dos Estados Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias.

2. O Tribunal poderá ordenar que o produto das multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo.

3. O Fundo será gerido em harmonia com os critérios a serem adotados pela Assembléia dos Estados Partes.

Artigo 80

Não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos

Nada no presente capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.

CAPÍTULO VIII - RECURSO E REVISÃO

Artigo 81

Recurso da sentença condenatória ou absolutória ou da pena

1. A sentença proferida nos termos do artigo 74 é recorrível em conformidade com o disposto no Regulamento Processual nos seguintes termos:

a) O Procurador poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos: I) Vício processual; II) Erro de fato; ou III) Erro de direito.

b) O condenado ou o Procurador no interesse daquele poderá interpor recurso com base num dos seguintes fundamentos: I) Vício processual; II) Erro de fato;

III) Erro de direito; ou

iv) qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença.

2. a) O Procurador ou o condenado poderá, em conformidade com o Regulamento processual, interpor recurso da pena decretada invocando desproporção entre esta e o crime,

b) Se, ao conhecer de recurso interposto da pena decretada, o Tribunal considerar que há fundamentos suscetíveis de justificar a anulação, no todo ou em parte, da sentença condenatória, poderá convidar o Procurador e o condenado a motivarem a sua posição nos termos da alínea a) ou b) do parágrafo 1º do artigo 81, após o que poderá pronunciar-se sobre a sentença condenatória nos termos do artigo 83;

c) O mesmo procedimento será aplicado sempre que o Tribunal, ao conhecer de recurso interposto unicamente da sentença condenatória, considerar haver fundamentos comprovativos de uma redução da pena nos termos da alínea a) do parágrafo 20.

3. a) Salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do recurso;

b) Se o período de prisão preventiva ultrapassar a duração da pena decretada, o condenado será posto em liberdade; todavia, se o Procurador também interpuser recurso, a libertação ficará sujeita às condições enunciadas na alínea c) infra;

c) Em caso de absolvição, o acusado será imediatamente posto em liberdade, sem prejuízo das seguintes condições:

I) Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, a requerimento do procurador, ordenar que o acusado seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso;

II) A decisão proferida pelo juízo de julgamento em primeira instância nos termos da sub-alínea 1), será recorrível em harmonia com o Regulamento Processual.

4. Sem prejuízo do disposto nas alíneas a) e b) do parágrafo 3º, a execução da sentença condenatória ou da pena ficará suspensa pelo período fixado para a interposição do recurso, bem como durante a fase de tramitação do recurso.

[...]

Artigo 84

Revisão da sentença condenatória ou da pena

1. O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivente, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o Procurador no seu interesse, poderá submeter ao Juízo de Recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos:

a) A descoberta de novos elementos de prova:

I) De que não dispunha ao tempo do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente;

e II) De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente;

b) A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objeto de contrafação ou falsificação;

c) Um ou vários dos juizes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do artigo 46.

2. O Juízo de Recursos rejeitará o pedido se o considerar manifestamente infundado. Caso contrário, poderá o Juízo, se julgar oportuno:

a) Convocar de novo o Juízo de Julgamento em Primeira Instância que proferiu a sentença inicial;

b) Constituir um novo Juízo de Julgamento em Primeira Instância;

ou

c) Manter a sua competência para conhecer da causa, a fim de determinar se, após a audição das partes nos termos do Regulamento Processual, haverá lugar à revisão da sentença.

Artigo 85

Indenização do detido ou condenado

1. Quem tiver sido objeto de detenção ou prisão ilegal terá direito a reparação.

2. Sempre que uma decisão final seja posteriormente anulada em razão de fatos novos ou recentemente descobertos que apontem inequivocamente para um erro judiciário, a pessoa que tiver cumprido pena em resultado de tal sentença condenatória será indenizada, em conformidade com a lei, a menos que fique provado que a não revelação, em tempo útil, do fato desconhecido lhe seja imputável, no todo ou em parte.

3. Em circunstâncias excepcionais e em face de fatos que conclusivamente demonstrem a existência de erro judiciário grave e manifesto, o Tribunal poderá, no uso do seu poder discricionário, atribuir uma indenização, de acordo com os critérios enunciados no Regulamento Processual, à pessoa que, em virtude de sentença absolutória ou de extinção da Instância por tal motivo, haja sido posta em liberdade.

CAPÍTULO IX - COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO

Artigo 86

Obrigação geral de cooperar

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

[...]

Artigo 89

Entrega de pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruido com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capitulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

2. Sempre que a pessoa cuja entrega   solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com base no princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 20, o Estado requerido consultar , de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará Seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

a) Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos Previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.

b) Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87. Do pedido de trânsito constarão:

I) A identificação da pessoa transportada;

II) Um resumo dos fatos e da respectiva qualificação jurídica;

III) O mandado de detenção e entrega.

c) A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.

d) Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterrissagem no território do Estado de trânsito.

e) Se ocorrer uma aterrissagem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até a recepção do pedido de trânsito e a efetivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das 96 horas subseqüentes   aterrissagem imprevista se o pedido não for recebido dentro desse prazo.

3. Se a pessoa reclamada for objeto de procedimento criminal ou estiver cumprindo uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultar  o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido.

[...]

Artigo 92

Prisão preventiva

1. Em caso de urgência, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até a apresentação do pedido de entrega e os documentos de apoio referidos no artigo 91.

2. O pedido de prisão preventiva será transmitido por qualquer meio de que fique registro escrito e conterá:

a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;

b) Uma exposição sucinta dos crimes pelos quais a pessoa é procurada, bem como dos fatos alegadamente constitutivos de tais crimes incluindo, se possível, a data e o local da sua prática;

c) Uma declaração que certifique a existência de um mandado de detenção ou de uma decisão condenatória contra a pessoa procurada; e

d) Uma declaração de que o pedido de entrega relativo à pessoa procurada será enviado posteriormente.

3. Qualquer pessoa mantida sob prisão preventiva poderá ser posta em liberdade se o Estado requerido não tiver recebido, em conformidade com o artigo 91, o pedido de entrega e os respectivos documentos no prazo fixado pelo Regulamento Processual. Todavia, essa pessoa poderá consentir na sua entrega antes do termo do período se a legislação do Estado requerido o permitir. Nesse caso, o Estado requerido procede à entrega da pessoa reclamada ao Tribunal, o mais rapidamente possível.

4. O fato de a pessoa reclamada ter sido posta em liberdade em conformidade com o parágrafo V não obstará a que seja de novo detida e entregue se o pedido de entrega e os documentos em apoio vierem a ser apresentados posteriormente.

[...]

Artigo 101

Regra da especialidade

1. Nenhuma pessoa entregue ao Tribunal nos termos do presente Estatuto poderá ser perseguida, condenada ou detida por condutas anteriores à sua entrega, salvo quando estas constituam crimes que tenham fundamentado a sua entrega.

2. O Tribunal poderá solicitar uma derrogação dos requisitos estabelecidos no parágrafo 1º ao Estado que lhe tenha entregue uma pessoa e, se necessário, facultar-lhe-á, em conformidade com o artigo 91, informações complementares. Os Estados Partes estarão habilitados a conceder uma derrogação ao Tribunal e deverão envidar esforços nesse sentido.

Artigo 102

Termos usados

Para os fins do presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

CAPÍTULO X - EXECUÇÃO DA PENA

Artigo 103

Função dos Estados na execução das penas privativas de liberdade

1. a) As penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas.

b) Ao declarar a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas, um Estado poderá formular condições acordadas com o Tribunal e em conformidade com o presente Capítulo.

c) O Estado indicado no âmbito de um determinado caso dará prontamente a conhecer se aceita ou não a indicação do Tribunal.

2. a) O Estado da execução informará o Tribunal de qualquer circunstância, incluindo o cumprimento de quaisquer condições acordadas nos termos do parágrafo 1º, que possam afetar materialmente as condições ou a duração da detenção. O Tribunal será informado com, pelo menos, 45 dias de antecedência sobre qualquer circunstância dessa natureza, conhecida ou previsível. Durante este período, o Estado da execução não tomará qualquer medida que possa ser contrária às suas obrigações ao abrigo do artigo 110.

b) Se o Tribunal não puder aceitar as circunstâncias referidas na alínea a), deverá informar o Estado da execução e proceder em harmonia com o parágrafo 1º do artigo 104.

3. Sempre que exercer o seu poder de indicação em conformidade com o parágrafo 1º, o Tribunal levará em consideração:

a) O princípio segundo o qual os Estados Partes devem partilhar da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, em conformidade com os princípios de distribuição equitativa estabelecidos no Regulamento Processual;

b) A aplicação de normas convencionais do direito internacional amplamente aceites, que regulam o tratamento dos reclusos;

c) A opinião da pessoa condenada;

d) A nacionalidade da pessoa condenada; e

e) Outros fatores relativos às circunstâncias do crime, às condições pessoais da pessoa condenada ou à execução efetiva da pena, adequadas à indicação do Estado da execução.

4. Se nenhum Estado for designado nos termos do parágrafo 1º, a pena privativa de liberdade será cumprida num estabelecimento prisional designado pelo Estado anfitrião, em conformidade com as condições estipuladas no acordo que determinou o local da sede previsto no parágrafo 2º do artigo 39. Neste caso, as despesas relacionadas com a execução da pena ficarão a cargo do Tribunal.

Artigo 104

Alteração da indicação do Estado da execução

1. O Tribunal poderá, a qualquer momento, decidir transferir um condenado para uma prisão de um outro Estado.

2. A pessoa condenada pelo Tribunal poderá, a qualquer momento, solicitar-lhe que a transfira do Estado encarregado da execução.

Artigo 105

Execução da pena

1. Sem prejuízo das condições que um Estado haja estabelecido nos termos do artigo 103, parágrafo 1º, alínea b), a pena privativa de liberdade é vinculativa para os Estados Partes, não podendo estes modificá-la em caso algum.

2. Será da exclusiva competência do Tribunal pronunciar-se sobre qualquer pedido de revisão ou recurso. O Estado da execução não obstará

a que o condenado apresente um tal pedido.

Artigo 106

Controle da execução da pena e das condições de detenção

1. A execução de uma pena privativa de liberdade será submetida ao controle do Tribunal e observará as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos.

2. As condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da execução e observarão as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos. Em caso algum devem ser menos ou mais favoráveis do que as aplicáveis aos reclusos condenados no Estado da execução por infrações análogas.

3. As comunicações entre o condenado e o Tribunal serão livres e terão caráter confidencial.

[...]

Artigo 109

Execução das penas de multa e das medidas de perda

1. Os Estados Partes aplicarão as penas de multa, bem como as medidas de perda ordenadas pelo Tribunal ao abrigo do capítulo VII, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé e em conformidade com os Procedimentos previstos no respectivo direito interno.

2. Sempre que um Estado Parte não possa tornar efetiva a declaração de perda, deverá tomar medidas para recuperar o valor do produto, dos bens ou dos haveres cuja perda tenha sido declarada pelo Tribunal, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

3. Os bens, ou o produto da venda de bens imóveis ou, se for caso disso, da venda de outros bens, obtidos por um Estado Parte por força da execução de uma decisão do Tribunal, serão transferidos para o Tribunal.

Artigo 110

Reexame pelo Tribunal da questão de redução de pena

1 O Estado da execução não poderá libertar o recluso antes de cumprida a totalidade da pena proferida pelo Tribunal.

2. Somente o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre qualquer redução da pena e, ouvido o condenado, pronunciar-se-á a tal respeito.

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.

4. No reexame a que se refere o parágrafo 39, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes:

a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;

b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaiam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou

c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual.

5. Se, no reexame inicial a que se refere o parágrafo 39, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subseqüentemente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

Artigo 111 Evasão

Se um condenado se evadir do seu local de detenção e fugir do território do Estado da execução, este poderá, depois de ter consultado o Tribunal, pedir ao Estado no qual se encontra localizado o condenado que o entregue em conformidade com os acordos bilaterais ou multilaterais em vigor, ou requerer ao Tribunal que solicite a entrega dessa pessoa ao abrigo do Capítulo IX. O Tribunal poderá, ao solicitar a entrega da pessoa, determinar que esta seja entregue ao Estado no qual se encontrava a cumprir a sua pena, ou a outro Estado por ele indicado.

CAPÍTULO XI - ASSEMBLÉIA DOS ESTADOS PARTES

Artigo 112 Assembléia dos Estados-Partes

1. É constituída, pelo presente instrumento, uma Assembléia dos Estados-Partes. Cada um dos Estados-Partes nela disporá de um representante, que poderá ser coadjuvado por substitutos e assessores. Outros Estados signatários do Estatuto ou da Ata Final poderão participar nos trabalhos da Assembléia na qualidade de preservadores.

2. A Assembléia:

- a) Examinará e adotará, se adequado, as recomendações da Comissão Preparatória;
- b) Promoverá junto à Presidência, ao Procurador e ao Secretário as linhas orientadoras gerais no que toca à administração do Tribunal;
- c) Examinará os relatórios e as atividades da Mesa estabelecidos nos termos do parágrafo 39 e tomará as medidas apropriadas;
- d) Examinará e aprovará o orçamento do Tribunal;
- e) Decidirá, se for caso disso, alterar o número de juizes nos termos do artigo 36;
- f) Examinará, em harmonia com os parágrafos 5 e 7 do artigo 87, qualquer questão relativa à não cooperação dos Estados;
- g) Desempenhará qualquer outra função compatível com as disposições do presente Estatuto ou do Regulamento Processual.

3. a) A Assembléia será dotada de uma Mesa composta por um presidente, dois vice-presidentes e 18 membros por ela eleitos por períodos de três anos;

b) A Mesa terá um caráter representativo, atendendo nomeadamente ao princípio da distribuição geográfica eqüitativa e à necessidade de assegurar uma representação adequada dos principais sistemas jurídicos do mundo;

c) A Mesa reunir-se-á às vezes que forem necessárias, mas, pelo menos, uma vez por ano assistirá a Assembléia no desempenho das suas funções.

4. A Assembléia poderá criar outros órgãos subsidiários que julgue necessários, nomeadamente um mecanismo de controle independente que proceda a inspeções, avaliações e inquéritos em ordem a melhorar a eficiência e economia da administração do Tribunal.

5. O Presidente do Tribunal, o Procurador e o Secretário ou os respectivos representantes poderão participar, sempre que julgarem oportuno, nas reuniões da Assembléia e da Mesa.

6. A Assembléia reunir-se-á na sede do Tribunal ou na sede da

Organização das Nações Unidas uma vez por ano e, sempre que as circunstâncias o exigirem, reunir-se-á em sessão extraordinária. A menos que o presente Estatuto estabeleça em contrário, as sessões extraordinárias são convocadas pela Mesa, de ofício ou a pedido de um terço dos Estados-Partes.

7. Cada um dos Estados-Partes disporá de um voto. Todos os esforços deverão ser envidados para que as decisões da Assembléia e da Mesa sejam adotadas por consenso. Se tal não for possível, e a menos que o Estatuto estabeleça em contrário:

a) As decisões sobre as questões de fundo serão tomadas por maioria de dois terços dos membros presentes e votantes, sob a condição que a maioria absoluta dos Estados-Partes constitua quorum para o escrutínio;

b) As decisões sobre as questões de procedimento serão tomadas por maioria simples dos Estados-Partes presentes e votantes.

8. O Estado-Parte em atraso no pagamento da sua contribuição financeira para as despesas do Tribunal não poderá votar nem na Assembléia nem na Mesa se o total das suas contribuições em atraso igualar ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos por ele devidos. A Assembléia Geral poderá, no entanto, autorizar o Estado em causa a votar na Assembléia ou na Mesa se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias ao controle do Estado-Parte.

9. A Assembléia adotará o seu próprio Regimento.

10. As línguas oficiais e de trabalho da Assembléia dos Estados-Partes serão as línguas oficiais e de trabalho da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

CAPÍTULO XII - FINANCIAMENTO

Artigo 113

Regulamento financeiro

Salvo disposição expressa em contrário, todas as questões financeiras atinentes ao Tribunal e às reuniões da Assembléia dos Estados-Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, serão reguladas pelo presente Estatuto, pelo Regulamento Financeiro e pelas normas de gestão financeira adotados pela Assembléia dos Estados-Partes.

[...]

CAPÍTULO XIII - CLÁUSULAS FINAIS

Artigo 119

Resolução de diferendos¹²

1. Qualquer diferendo relativo às funções judiciais do Tribunal será resolvido por decisão do Tribunal.

2. Quaisquer diferendos entre dois ou mais Estados-Partes relativos à interpretação ou à aplicação do presente Estatuto, que não forem resolvidos pela via negocial num período de três meses após o seu início, serão submetidos à Assembléia dos Estados-Partes. A Assembléia poderá procurar resolver o diferendo ou fazer recomendações relativas a outros métodos de resolução, incluindo a submissão do diferendo à Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto dessa Corte.

Artigo 120

Reservas

Não são admitidas reservas a este Estatuto.

Artigo 121

Alterações

1. Expirado o período de sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, qualquer Estado-Parte poderá propor alterações ao Estatuto. O texto das propostas de alterações será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que o comunicará sem demora a todos os Estados-Partes.

2. Decorridos pelo menos três meses após a data desta notificação, a Assembléia dos Estados-Partes decidirá na reunião seguinte, por maioria dos seus membros presentes e votantes, se deverá examinar a proposta. A Assembléia poderá tratar desta proposta, ou convocar uma Conferência de Revisão se a questão suscitada o justificar.

3. A adoção de uma alteração numa reunião da Assembléia dos Estados-Partes ou numa Conferência de Revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados-Partes, quando não for possível chegar a um Consenso.

4. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 59, qualquer alteração entrará em vigor, para todos os Estados-Partes, um ano depois que sete

12. A tradução oficial brasileira emprega este neologismo de péssimo gosto, em lugar de usar os vocábulos litígio ou lide, já consagrados na terminologia jurídica.

oitavos de entre eles tenham depositado os respectivos instrumentos de ratificação ou de aceitação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

5. Qualquer alteração ao artigo 5º, 6º, 7º e 8º do presente Estatuto entrará em vigor para todos os Estados Partes que a tenham aceitado um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado-Parte que não tenha aceitado a alteração, ou no território desse Estado-Parte.

6. Se uma alteração tiver sido aceita por sete oitavos dos Estados-Partes nos termos do parágrafo 4, qualquer Estado Parte que não a tenha aceito poderá retirar-se do Estatuto com efeito imediato, não obstante o disposto no parágrafo 1 do artigo 127, mas sem prejuízo do disposto no parágrafo 2º do artigo 127, mediante notificação da sua retirada o mais tardar um ano após a entrada em vigor desta alteração.

7. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados Partes quaisquer alterações que tenham sido adotadas em reunião da Assembléia dos Estados Partes ou numa Conferência de Revisão.

Artigo 122

Alteração de disposições de carácter institucional

1. Não obstante o artigo 121, parágrafo 1º, qualquer Estado Parte poderá, em qualquer momento, propor alterações às disposições do Estatuto, de carácter exclusivamente institucional, a saber artigos 35, 36, parágrafos 8 e 9, artigos 37, 38, 39, parágrafos 1º (as primeiras duas frases), 2º e 4º, artigo 42, parágrafos 4 a 9, artigo 43, parágrafos 2º e 3º e artigos 44, 46, 47 e 49. O texto de qualquer proposta será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas ou a qualquer outra pessoa designada pela Assembléia dos

Estados-Partes, que o comunicará sem demora a todos os Estados-Partes e aos outros participantes na Assembléia.

2. As alterações apresentadas nos termos deste artigo, sobre as quais não seja possível chegar a um consenso, serão adotadas pela Assembléia dos Estados-Partes ou por uma Conferência de Revisão, por uma maioria de dois terços dos Estados-Partes. Tais alterações entrarão em vigor, para todos os Estados-Partes, seis meses após a sua adoção pela Assembléia ou, conforme o caso, pela Conferência de Revisão.

Artigo 123

Revisão do Estatuto

1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 50. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembléia dos Estados-Partes, nas mesmas condições.

2. A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado-Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1º, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados-Partes, convocará uma Conferência de Revisão.

3. A adoção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa Conferência de Revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121, parágrafos 3º a 7º.

Artigo 124

Disposição transitória

Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 123.

Artigo 125

Assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão

1. O presente Estatuto estará aberto à assinatura de todos os Estados na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, em Roma, a 17 de Julho de 1998, continuando aberto à assinatura no Ministério dos Negócios Estrangeiros da Itália, em Roma, até 17 de Outubro de 1998. Após esta data, o Estatuto continuará aberto na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 31 de Dezembro de 2000.

2. O presente Estatuto ficará sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

3. O presente Estatuto ficará aberto à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 126

Entrada em vigor

1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

2. Em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto, ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Artigo 127

Retirada

1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto. A retirada produzirá efeitos um ano após a data de recepção da notificação, salvo se esta indicar uma data ulterior.

2. A retirada não isentará o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Estatuto enquanto Parte do mesmo, incluindo as obrigações financeiras que tiver assumido, não afetando também a cooperação com o Tribunal no âmbito de inquéritos e de procedimentos criminais relativamente aos quais o Estado tinha o dever de cooperar e que se iniciaram antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos; a retirada em nada afetará a prossecução da apreciação das causas que o Tribunal já tivesse começado a apreciar antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos.

EPÍLOGO

A HUMANIDADE NO SÉCULO XXI: A GRANDE OPÇÃO

A contradição original do ser humano, na sabedoria mitológica

O mito da criação do homem, contado por Protágoras no diálogo de Platão do mesmo nome¹, é a mais preciosa lição que herdamos da sabedoria grega sobre as relações contraditórias entre a técnica e a ética.

Segundo o relato mitológico, chegou o tempo da criação dos animais, decidiram os deuses no Olimpo confiar a dois de seus pares, os irmãos Epimeteu e Prometeu, a incumbência de determinar as qualidades a serem atribuídas a cada espécie. Epimeteu² propôs então a seu irmão que o deixasse fazer sozinho essa distribuição de qualidades entre as diferentes criaturas, ficando Prometeu encarregado de verificar em seguida que tudo havia sido bem-feito.

Obtido o acordo de seu irmão, Epimeteu pôs mãos à obra e passou a distribuir as qualidades, de modo a assegurar a todos os animais terrestres, apesar de suas diferenças, uma igual possibilidade de sobrevivência. Assim, para evitar que eles se destruíssem mutuamente, atribuiu a certas espécies a força sem a velocidade, dando a outras, ao contrário, a velocidade sem a força.

1. 320 c e s.

2. Os nomes dos dois irmãos parecem ser um trocadilho composto

pelo radical do verbo *_manthanô* - aprender, estudar, compreender - e os prefixos *_epi* (após) e *_pro* (antes). Assim, Epimeteu é o imprevidente, isto é, "o que pensa depois" e Prometeu, "o que pensa antes".

Da mesma sorte, a fim de protegê-los contra as intempéries, Epimeteu revestiu os animais de peles ou carapaças adequadas. Quanto às fontes de alimentação, no intuito de preservar o equilíbrio ecológico, decidiu que cada espécie teria o seu alimento próprio no reino vegetal, e que, quando certos animais servissem de pasto a outros, estes seriam menos fecundos que aqueles, de modo a garantir a sobrevivência de todo o reino animal.

Estava assim Epimeteu pronto a declarar terminada a tarefa, quando se deu conta, subitamente, de sua imprevidência: ele havia distribuído todas as faculdades disponíveis entre os animais irracionais, mas nada sobrara para compor o ser humano, que iria nascer nu e inermes. Foi nessa situação embaraçosa que Prometeu o encontrou, ao vir examinar se tudo havia sido bem-feito. Que fazer? Esgotadas as qualidades destinadas aos seres mortais, só restavam disponíveis os atributos próprios dos deuses. Numa decisão ousada, Prometeu sobe então ao Olimpo e logra subtrair de Hefáisto e de Atenas o conjunto das técnicas, ou seja, a capacidade inventiva dos meios próprios de subsistência, a fim de entregar essa qualidade divina aos homens.

E assim se fez. Sucedeu, porém, que os homens, embora munidos da habilidade técnica para produzir os meios de subsistência (*_peri _ton _bion _sophian*), revelaram-se desde logo incapazes de conviver harmonicamente uns com os outros, pois ignoravam a arte política (*_politika _sophia*). Ora, esta era um atributo próprio de Zeus, e Prometeu já não tinha como voltar a escalar a acrópole e ludibriar a forte guarda pessoal do deus supremo, para dele subtrair, como fizera com a técnica material, a nobre arte de governo.

Felizmente para a espécie humana, Zeus lançou os olhos à Terra e, compadecendo-se da situação aflitiva em que se encontravam os homens, ocupados em se destruírem uns aos outros em dissensões e guerras contínuas, temeu pela sua sobrevivência. Decidiu então enviar Hermes como seu mensageiro pessoal, recomendando-lhe que atribuísse aos seres humanos os sentimentos de justiça (*_dikê*) e de dignidade pessoal (*_aidôs*), sem os quais não há sociedade que subsista.

Antes de partir para a Terra, no entanto, Hermes indagou de Zeus se deveria repartir entre os homens o dom da arte política, da mesma maneira que o fizera com a habilidade técnica. Esta, com efeito, em suas diferentes modalidades, não fora dada a todos indistintamente, mas na proporção de um especialista para cada grupo, mais ou menos numeroso, de não especialistas. Assim, por exemplo, nem todos os homens precisavam entender de medicina, bastando que existissem alguns médicos para cuidar adequadamente da saúde geral da coletividade. A resposta de Zeus foi categórica: todos os homens, indistintamente, haviam de possuir a arte política, pois, caso contrário, se apenas alguns fossem nela instruídos, não haveria harmonia social, e a espécie humana acabaria por desaparecer da face da Terra. O pai dos deuses chegou a recomendar a seu mensageiro que instituisse a pena de morte para todo aquele que se revelasse incapaz de praticar a arte de governo, pois ele seria como que o inoculador de uma doença letal no corpo da sociedade.

O divórcio recorrente entre técnica e ética no curso histórico

A História demonstrou que os temores de Zeus eram sobejamente justificados. O desenvolvimento da habilidade técnica em mãos de alguns poucos, não contrabalançado pela extensão da sabedoria política a todos,

engendrou um permanente déficit ético, consubstanciado na organização oligárquica, tanto no interior das sociedades locais quanto nas relações internacionais. Essa carência moral, ao longo da História, tem provocado regularmente grandes catástrofes, sob a forma de massacres coletivos, fomes, epidemias, explorações aviltantes, o todo resultante da divulsão operada entre a minoria poderosa e a maioria indigente.

A última grande concentração cronológica de ultrajes, na História, ocorreu entre 1930 e o término da 2ª Guerra Mundial, com a instituição do Estado totalitário, muito diferente das tiranias tradicionais, e a avalanche de massacres bélicos em pelo menos três continentes².

Cessadas as hostilidades, as consciências abriram-se, afinal, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a reorganização da vida em sociedade em escala planetária, com base no respeito absoluto à pessoa humana. No preâmbulo da Carta das Nações Unidas, os seus integrantes declararam-se "resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e [...] a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla". Além de criar um órgão novo, inexistente ao tempo da Sociedade das Nações, o Conselho Econômico e Social, a ONU incluiu em seus quadros a preexistente Organização Internacional do Trabalho, bem como novas agências especializadas para cuidar, no âmbito mundial, das questões de agricultura e alimentação (a FAO), de saúde (a OMS), de educação, ciência e cultura (a UNESCO). Ao mesmo tempo, a conferência de Bretton Woods, ao instituir o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, organizações desde logo associadas às Nações Unidas, procurou enfrentar os graves problemas de instabilidade financeira, reconstrução e desenvolvimento, deixados pela guerra.

Seguiram-se os "trinta anos gloriosos", em que a humanidade conheceu uma taxa média de crescimento econômico e uma queda nos índices de desemprego sem precedentes, no curso da História. Mais de 70 países livraram-se do estatuto colonial

3. Veja-se o capítulo 12º desta obra.

e tornaram-se nações independentes, experimentando quase todos, nos anos 60, um ritmo de crescimento econômico que nunca mais puderam retomar ao depois.

Ora, a partir dos anos 70, como assinala o Relatório Mundial sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, das Nações Unidas, a humanidade em seu conjunto vem sendo submetida a um processo fortemente contraditório de unificação técnica e desagregação social.

Os homens nunca se viram, tal como hoje, aproximados uns dos outros pelos instrumentos de informação e comunicação. Em 1960, um cabo transatlântico permitia a realização de 138 comunicações telefônicas concomitantes. Em 1995, um cabo de fibra ótica já era capaz de transmitir um milhão e meio de conversas telefônicas simultâneas. Em 1998, 140 milhões de pessoas utilizavam-se da rede Internet. Em 2001, o total dos usuários desse meio de comunicação, em todo mundo, ultrapassou 700 milhões.

Essas cifras globais, no entanto, mascaram uma formidável desigualdade entre os que podem e os que não podem utilizar-se dessas maravilhas do engenho humano. Na verdade, a dissociação da humanidade entre a minoria abastada e maioria carente acelerou-se consideravelmente após os "30 anos gloriosos". Em 1960, a quinta parte mais rica da população mundial dispunha de uma renda média 30 vezes superior à dos 20% mais pobres. Em 1997, essa proporção havia mais do que dobrado: 74 a

1. Entre 1990 e 1998, 50 países conheceram uma redução no índice do produto interno bruto _per _capita⁴.

Enquanto isso, em apenas cinco anos, de 1994 a 1999, a soma do patrimônio individual das duzentas pessoas mais

4. Relatório Mundial sobre o Desenvolvimento Humano 2000. publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), versão francesa, p. 82.

opulentas do mundo mais do que duplicou, ao passar de 440 bilhões de dólares a 1.135 bilhões. Para melhor se apreciar o escândalo dessa acumulação de riqueza, registre-se que a renda total dos 582 milhões de habitantes dos países mais pobres do planeta equivale a 10% dessa cifra. Os técnicos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento calculam que bastaria um imposto anual de 1 % sobre o patrimônio daqueles duzentos nababos para custear a educação primária de todas as crianças em idade escolar do mundo inteiro.

Ao apresentar o Relatório sobre Comércio e Desenvolvimento de 2002 da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento), o seu Secretário-Geral, o eminente Embaixador Rubens Ricupero, assinalou que, mantida a atual tendência declinante da economia mundial, o número de pessoas vivendo com menos de US\$ 1 por dia, nos 49 países mais pobres do mundo, deve aumentar em 30% até 2015, atingindo a impressionante cifra de cerca de 420 milhões de seres humanos.

Deve-se notar, aliás, que a vaga de neoliberalismo, que avassalou o mundo a partir do final dos anos 70, levou a desigualdade para dentro dos próprios países ricos. Durante as duas últimas décadas do século XX, o coeficiente Gini, que mede o grau de desigualdade socioeconômica de uma população, acusou um agravamento de 16% nos Estados Unidos, na Suécia e no Reino Unido⁵. A dissociação da humanidade já não é, agora, um fenômeno puramente geográfico, uma espécie de deriva social dos continentes. Ela produz também um corte vertical no interior de cada nação do globo, ao universalizar aquele desequilíbrio estrutural, que os cientistas sociais sempre reconheceram como a essência do subdesenvolvimento.

5. Idem, p. 6.

É sobre esse pano de fundo que se projeta um perfil de profunda insegurança, em todos os quadrantes da Terra. Insegurança no campo do trabalho assalariado, com a explosão dos índices de desemprego e subemprego, em várias regiões do mundo. A capacidade laboral de cada um, considerada por Adam Smith "a mais sagrada e inviolável das propriedades"⁶, torna-se assim, aos olhos da nova ciência econômica, um bem secundário e dispensável no processo de produção. Insegurança sanitária, tragicamente simbolizada pelo avanço da síndrome de imunodeficiência adquirida: em 1998, dos 33 milhões de pessoas soropositivas então existentes no mundo, 95% viviam em países pobres⁷. Insegurança previdenciária, com a programada destruição das instituições estatais de previdência e assistência social, a serem substituídas pelos mecanismos do mercado, suscetíveis de marginalizar a multidão dos carentes de todo o gênero. Insegurança ecológica, a afetar todos os povos e a ameaçar a subsistência, a curto prazo, de pelo menos meio bilhão de pessoas, nas regiões tropicais. Insegurança política, enfim, com a multiplicação das guerras civis, que vitimaram cerca de 5 milhões de pessoas durante o último quartel do século XX⁸.

Assistimos, pois, neste início do terceiro milênio da era cristã, à ruína dos grandes ideais, sobre os quais os países que lutaram

contra a barbárie nazista erigiram a Organização das Nações Unidas⁹. No discurso sobre o estado da União, pronunciado em 6 de janeiro de 1941, o Presidente Franklin D. Roosevelt advertiu que a segurança futura da humanidade dependia, fundamentalmente, de quatro grandes reivindicações libertárias, entre as quais se destacavam a libertação da penúria

6. *A Riqueza das Nações*, Livro 1, capítulo X.

7. Relatório Mundial do Desenvolvimento Humano 1999, publicado pelo PNUD, versão francesa, p. 42.

8. Relatório Mundial do Desenvolvimento Humano 2000, cit., p.

60.

9. Cf. capítulo 12^o desta obra.

(*freedom from want*) e a libertação do medo (*freedom from fear*). Ora, raramente a humanidade, em seu conjunto, viu-se tão assolada por esses flagelos quanto no presente.

O que predomina hoje, em lugar da solidariedade internacional contra a guerra e a miséria, convocada por aquele presidente norte-americano, é a subordinação da humanidade aos interesses exclusivos das grandes potências. Ou seja, vivemos um perigoso momento histórico, em que se tenta, sistematicamente, eliminar as instituições de limitação de poder político e econômico, em âmbito mundial. Ora, como foi assinalado na introdução desta obra, o estabelecimento de controles institucionais ao exercício do poder de mando foi uma condição histórica indispensável ao surgimento dos direitos humanos¹⁰.

O acesso dos Estados Unidos à condição de potência hegemônica mundial, após o esfacelamento da União Soviética, constitui séria ameaça à reorganização das relações internacionais num sentido comunitário. O último tratado internacional de direitos humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o Pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1966, sobre direitos civis e políticos. O Pacto gêmeo sobre direitos econômicos, sociais e culturais teve sua ratificação rejeitada pelo Congresso norte-americano¹¹. A partir de então, os Estados Unidos vêm-se recusando, sistematicamente, a se submeter às normas internacionais de proteção aos direitos humanos, por considerarem que isto implica uma limitação de sua soberania. Assim foi com os Protocolos de 1977 às Convenções de Genebra de 1949¹², com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979, com a Convenção sobre o Direito do Mar de 1982¹³, com o

10. Cf. p. 40.

11. Cf. capítulo 17^o.

12. Cf. capítulo 15^o.

13. Cf. capítulo 21^o.

protocolo Adicional de 1988 à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais¹⁴, com o Segundo Protocolo de 1989 ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁵, com a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, com a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992¹⁶, com a Convenção de Ottawa de 1997, sobre a proibição de uso, armazenagem, produção e transferência de minas antipessoais¹⁷, com a Convenção de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998¹⁸.

Os Estados Unidos vão-se tornando assim, definitivamente, um Estado fora da lei no plano internacional.

A opção necessária

Que concluir disto tudo? Teremos perdido, definitivamente, a

grande batalha para a preservação da dignidade humana.

Após haver-se elevado penosamente, da afirmação dos primeiros direitos e liberdades individuais aos direitos da própria humanidade, passando pelo reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos direitos dos povos, estará agora o gênero humano condenado a desbaratar-se miseravelmente, pela conjugação sinistra de acrasia ética e dominação tecnológica? A divindade ainda saberá compadecer-se das criaturas humanas, para enviar seu mensageiro salvador uma segunda vez ao orbe terrestre?

14. Cf. capítulo 18º.

15. Cf. capítulo 17º.

16. Cf. capítulo 22º.

17. A convenção entrou em vigor no dia 1º de março de 1999.

Segundo o Relatório do Desenvolvimento Humano 1998, das Nações Unidas, mais 110 milhões de minas ativas estão espalhadas por 68 países, e uma quantidade equivalente acha-se armazenada em todo o mundo. Todos os meses, mais de 2.000 pessoas são mortas ou mutiladas por explosões de minas.

18. Cf. capítulo 23º.

A nenhum observador atento e a nenhuma pessoa dotada de um mínimo de sensibilidade ética pode escapar o fato de que o mundo encontra-se, hoje, em plena crise. Muito se abusou, contudo, deste termo na linguagem corrente, para que se possa empregá-lo aqui, mais uma vez, sem explicar o sentido que lhe é atribuído.

O radical do étimo grego - *_krei_* ou *_kri_*, o qual corresponde em latim a *_cerno_*, é o mesmo do verbo *_krinô_*, que possui duas séries de significados: 1) separar, discernir, selecionar e escolher; 2) decidir, solucionar, julgar. *Krisis* significa, assim: 1) ação ou faculdade de distinguir ou discernir; 2) ação de escolher, eleição; 3) ação de separar e, figurativamente, dissentir ou contestar; 4) decisão ou julgamento.

O vocábulo assumiu desde Hipócrates, na língua grega, a conotação de mudança súbita, desequilíbrio ou ruptura.

No tratado *_Dos _Ares, _das _Águas _e _dos _Lugares_*, o Pai da Medicina denominou *krisis* o momento preciso em que é possível discernir a doença e desvendar a sorte do doente. É o momento em que o olhar experiente do médico observa uma mudança súbita no estado do paciente, para o bem ou para o mal; o instante em que se declaram nitidamente os sintomas da moléstia, permitindo o diagnóstico e o prognóstico.

Na vida das civilizações, é também possível discernir certos sintomas de ruptura ou desequilíbrio no sistema de instituições, costumes e valores. Como no caso dos organismos vivos, a solução encontra-se num dos dois extremos: ou a mutação biológica (a passagem da infância à adolescência, por exemplo), ou a morte. Na primeira hipótese, a fase crítica é marcada pela ação de dois movimentos sincrônicos e de sentido inverso: desestruturação e reestruturação, ou, biologicamente falando, desorganização e reorganização. Na segunda hipótese, o movimento desestruturador acaba suplantando o impulso de equilíbrio ou reorganização.

Ambos esses movimentos de sentido contrário podem ser percebidos ou medidos na vida social, tanto na dimensão quantitativa quanto na qualitativa. Os dados econômicos e demográficos, por exemplo, podem indicar uma súbita inflexão em relação à tendência até então ocorrente, revelando a crise. Por outro lado, o sistema de valores e crenças perde sua vigência, dando lugar, simultaneamente, aos sentimentos contraditórios de desconfiança e pessimismo (podendo chegar ao desespero e ao pânico), de um lado, e de esperança e otimismo (podendo desencadear

manifestações de exaltação ou euforia), de outro lado. Na sucessão de uma civilização por outra, ambos esses sentimentos se cruzam no tempo e no espaço: assiste-se ao nascimento de um mundo novo, para ocupar o lugar do antigo, que jaz moribundo. E esse nascimento é sempre envolto na agonia, isto é, a luta entre o velho e o novo.

Em que direção se encaminha a humanidade?

Em ensaio publicado em 1931, no qual procuro interpretar o espírito da época¹⁹, Karl Jaspers distinguiu com acuidade dois tipos de previsão histórica: a simplesmente especulativa (_dachtende_Prognose) e a instigante (_erweckende_Prognose).

A primeira representa um puro exercício intelectual. O observador imagina-se fora do mundo, como mero espectador do "teatro da História". Nessa perspectiva cerebrina, o futuro da humanidade é abandonado ao puro acaso, ou às forças cegas da natureza. Em suma, nada se prevê, porque "de fora" nada se pode ver; e, sem visão do futuro, não se pode agir, pois toda ação humana supõe um objetivo escolhido e intencionalmente procurado.

A realidade existencial do mundo só aparece, como salientou o filósofo alemão, aos olhos daqueles que empenham a sua própria pessoa na trama histórica. A verdadeira prognose

19. _Die _geistige _Situation _der _Zeit.

faz-se não apenas com o intelecto, mas também com a vontade, a sensibilidade valorativa e o juízo ético. Nesse sentido, ela é instigante da ação, pois supõe em cada um de nós a consciência de que somos, respeitadas certas condições, senhores de nosso próprio destino.

Mas que condições são essas, definidoras da ação e modeladoras do futuro? É a diagnose, ou discernimento da realidade presente, e a escolha da via adequada para a construção do futuro. Ambas supõem aquela virtude pragmática, que os gregos denominaram _phrônesis, e que os romanos traduziram por _prudencia. Aristóteles definiu-a como a capacidade deliberativa no concernente às ações humanas, guiada pelo juízo ético ("o que é bom ou mau para o ser humano")²⁰. Dirigida, pois, às ações humanas e não ao fazer humano ou produção de coisas (poiésis), a prudência distingue-se nitidamente da técnica²¹. Os romanos nela enxergaram a essência do saber jurídico, ao passo que Aristóteles identificou-a com a arte política²², afirmando ser ela a virtude própria do governante (_ê_phrônesis_arkontos_ídiôs_aretê_mone)²³.

Ora, justamente, o diagnóstico da crise atual aponta para uma espécie de entropia ou desordem universal, causada por carência governativa, tanto no interior das nações, quanto na esfera internacional. A ressurreição da ideologia liberal, reapresentada agora em nova embalagem propagandística, levou a um enfraquecimento generalizado do poder de governação, com o desbridamento das forças do mercado e das velhas rivalidades étnicas e culturais. Os perdedores, como sempre, são fracos, os pobres, os humildes.

Chegamos, nesta passagem de milênio, ao apogeu do capitalismo, no preciso sentido etimológico do termo, isto é, à

20. _Ética_a_Nicômaco 1140b, 5.

21. Idem, 1140b, 22-24.

22. _Ética_a_Nicômaco 1141a, 20.

23. _Política 1277b, 25.

fase histórica em que ele se coloca na posição de maior distanciamento da Terra e da Vida. É este, portanto, o momento crítico, segundo a velha tradição hipocrática, em que se pode precisar a diagnose da moléstia e traçar-lhe a prognose evolutiva.

Com o abandono previsível e inevitável da experiência comunista em todo o mundo, a alternativa que se descortina lentamente, diante de nossos olhos, é bem vincada: ou a humanidade se deixa conduzir à dilaceração definitiva, na direta linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho traçado pela sabedoria clássica. Não há terceira via.

A simples proposta dessa bifurcação histórica já é, em si mesma, uma instigação à escolha e à decisão de cada um de nós. Mas, para que possamos tomar lucidamente o partido da dignidade humana, é preciso discernir com clareza as características essenciais do lado oposto.

O capitalismo não é mero sistema econômico, mas uma forma global de vida em sociedade; ou, se se quiser, dando ao termo um sentido neutro, uma civilização. Como tal, define-se ele por um espírito (no sentido em que Montesquieu empregou o termo), um conjunto de instituições sociopolíticas e uma prática.

O espírito do capitalismo é o egoísmo competitivo, excludente e dominador. Daí por que toda espécie de colaboração entre empresários é naturalmente tida por suspeita; assim como suspeita e nociva à boa economia sempre pareceu, desde as origens, aos olhos dos empresários, a sindicalização dos trabalhadores e a organização reivindicativa dos despossuídos.

Nesse tipo de civilização, toda a vida social, e não apenas as relações econômicas, fundam-se na supremacia absoluta da razão de mercado.

No campo econômico, opera-se, com isto, uma completa inversão ontológica, como foi salientado na Introdução desta obra²⁴. Enquanto o capital desumanizado é elevado à posição de pessoa artificial, o homem é reduzido à condição de simples instrumento de produção, ou ao papel de mero consumidor a serviço do capital. Ora, a razão de mercado é necessariamente expansionista. Mais de um século antes da atual "globalização", Marx já havia anunciado que "a tendência a criar um mercado mundial insere-se no próprio conceito de capital"²⁵.

Mas não é só no campo econômico que impera a razão de mercado, fundada no individualismo competitivo. Não por acaso, Adam Smith foi o primeiro a recomendar, vivamente, o estabelecimento de um sistema de rivalidades e emulações em todas as profissões, mesmo as tradicionalmente não econômicas, como a advocacia ou os ofícios religiosos²⁶. Na verdade, para a mentalidade capitalista, somente aquilo que tem preço no mercado possui valor na vida social.

Quanto ao arcabouço institucional do capitalismo, a sua peça-mestra é o confinamento da atividade estatal à proteção da ordem, do contrato e da propriedade privada, como garantias do exercício da liberdade empresarial. O conjunto das liberdades civis e políticas passa, assim, a exercer um papel secundário nesse quadro institucional: elas podem ser preteridas diante da liberdade de empresa, como se tem visto amiúde na Ásia, na África e na América Latina.

A prática capitalista representa o desenvolvimento sistemático do espírito individualista que a anima. É a lógica da

24. Cf. p. 24.

25. *Princípios de uma Crítica da Economia Política*, Parte II, O capital.

26. *A Riqueza das Nações*, Livro V, no capítulo justamente consagrado às despesas do Soberano ou da Comunidade (*Of the expenses of the Sovereign or Commonwealth*). No Livro 1, capítulo X, ele afirma que, "embora seja, sem dúvida, indecente comparar quer um vigário de paróquia, quer um capelão, com um trabalhador diarista (*a journeyman*), o estipêndio de um vigário ou de um capelão, pode, no entanto, ser propriamente considerado como da mesma natureza que os

salários de um diarista".

exclusiva possibilidade técnica: tudo o que pode ser produzido empresarialmente possui um valor absoluto e não deve ser impedido por exigências éticas. É a porfia pela concentração ilimitada de capital - isto é, de poder econômico - com base na exploração de trabalhadores e consumidores, na apropriação dos bens comuns da humanidade, naturais ou culturais, e na exaustão - esta também global - do meio ambiente.

Nota-se mesmo, no atual estágio da evolução econômica, que a preocupação com os lucros e a acumulação de capital desprende-se de qualquer interesse pela produção para o mercado. O ideal do capitalismo financeiro contemporâneo é a realização de lucros sem produção de bens, ou prestação de serviços à comunidade. Mais de um trilhão e meio de dólares circulam, todos os dias, no mercado mundial de divisas, sendo que menos de 10% desse fabuloso montante mantêm ainda uma ligação com operações de comércio ou investimento.

O processo de concentração capitalista, aliás, já não tem por objeto bens materiais apenas, mas funda-se, crescentemente, no monopólio de conhecimentos tecnológicos. Ao final do século XX, os países industrializados detinham 97% do total das patentes registradas no mundo inteiro. Mais de 80% das patentes concedidas em países subdesenvolvidos têm como titulares empresas sediadas em países desenvolvidos²⁷.

Daí o extraordinário impulso dado, hoje, ao sistema de propriedade intelectual. O Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual concernentes ao comércio (TRIPS), concluído sob o patrocínio da Organização Mundial do Comércio em 1994, representou poderoso estímulo ao investimento capitalista em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos com fins lucrativos, ao mesmo tempo em que a preocupação com o equilíbrio das finanças públicas desestimu-

27. Relatório Mundial do Desenvolvimento Humano 1999, cit., p. 68.

lava, em todos os países, os investimentos públicos nessa área. O resultado dessa conjugação de políticas tem sido altamente prejudicial à população pobre e desprotegida do mundo inteiro. Assim é que, por força do mencionado acordo, os países-membros da OMC são compelidos a estender o sistema de patentes aos medicamentos, o que provoca o duplo efeito de uma concentração das pesquisas em remédios vendáveis unicamente nos mercados ricos e um aumento generalizado dos preços ao consumidor. Para se ter uma idéia do que isso significa em termos de exclusão social, é preciso saber que somente 0,2% das atividades mundiais de pesquisa e desenvolvimento no setor de saúde dizem respeito à pneumonia, à tuberculose e à diarreia, quando se sabe que tais afecções representam 18% do total das doenças no mundo inteiro²⁸. Entre 1975 e 1997, das 1.233 fórmulas medicamentosas patenteadas no mundo, apenas 13, isto é, pouco mais de 1%, destinavam-se à cura de doenças tropicais, que ceifam anualmente 6 milhões de vidas no mundo.

Com a geral admissibilidade do patenteamento de genes, inclusive do homem, para exploração na indústria farmacêutica e utilização em tratamentos médicos, chegamos ao ponto culminante da insânia capitalista: instituiu-se a propriedade sobre as matrizes da vida. Um roteiro de humanização do mundo

Para conjurarmos o risco de consolidação da barbárie, precisamos construir urgentemente um mundo novo, uma civilização que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, o direito elementar à busca da felicidade. Constitui efetivamente um opróbrio verificar que, no momento

histórico

28. Idem. p. 69

em que parecemos nos tornar, enfim, senhores e possuidores definitivos da natureza, como anunciara Descartes²⁹, as condições de vida de três quartos da humanidade representem a negação objetiva desse direito, proclamado na abertura da Declaração de Independência dos Estados Unidos como inerente à condição humana.

Uma civilização que garanta a toda a humanidade o direito de buscar uma vida mais feliz há de contrapor-se radicalmente ao capitalismo, tanto pelo seu espírito quanto pelo sistema institucional ou a prática de vida.

Em oposição ao individualismo excludente, o espírito da nova civilização há de ser a irradiação da fraternidade universal, a organização de uma humanidade solidária, onde se editem enfim, "na paz, leis iguais, constantes, que aos grandes não dêem o dos pequenos", como sonhou Camões³⁰.

Se todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, segundo proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a vida social há de organizar-se comunitariamente, à luz do princípio daquela justiça proporcional ou distributiva (*_análogon dikáion*), sobre a qual tão bem discorreu Aristóteles³¹. Pelo seu caráter eminentemente político, ela se contrapõe à justiça comutativa ou de troca, que regula as relações contratuais

29. No Discurso do Método, que constitui uma espécie de manifesto da civilização tecnológica, Descartes afirmou que "*_les notions générales touchant la physique m'ont fait voir qu'il est possible de parvenir à des connaissances qui soient fort utiles à la vie, et qu'au lieu de cette philosophie spéculative, qu'on enseigne dans les écoles, on en peut trouver une pratique, par laquelle connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieux et de tous les autres corps qui nous environnent, aussi distinctement que nous connaissons les divers métiers de nos artisans, nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres, et ainsi nous rendre comme maîtres et Possesseurs de la nature*" (Sexta Parte).

30. Os Lusíadas IX, 745-746.

31. Política, 1131a, 10 s.

entre particulares (*synalagmata*). Enquanto a justiça sinalagmática diz respeito à igualdade de prestações, isto é, à equivalência das coisas e serviços que se trocam por um preço, a justiça proporcional concerne à igualdade essencial dos homens, que não se troca nem se vende, porque não tem preço e, por isso, representa um valor incomensuravelmente mais elevado do que o econômico.

Quando o capitalismo avassala o Estado, ele introduz em seu funcionamento a lógica mercantil do intercâmbio de prestações, e dele retira o poder-dever de submeter os interesses particulares à supremacia da coisa pública, ou bem comum do povo.

Sendo objetivo da justiça proporcional ou distributiva instaurar a igualdade substancial de condições de vida, é óbvio que ela só pode realizar-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental. Um Estado fraco, permanentemente submetido às injunções do capital privado, no plano nacional ou internacional, é incapaz de atender à exigência do estabelecimento de condições sociais de uma vida

digna para todos. Nunca como hoje, percebeu-se, tão nitidamente, o caráter anticapitalista dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural.

Tudo isso, quanto ao espírito, ou os valores da nova civilização.

No tocante ao sistema institucional a ser criado para a concretização desses valores, ele terá como pressuposto lógico a superação da dicotomia entre Estado e sociedade civil, sobre a qual fundou-se a aliança histórica do capitalismo com o Estado Liberal. Nessa concepção dicotômica, o povo é reduzido a uma massa de indivíduos, cada qual dividido em si mesmo na dupla posição de homem, isto é, componente da sociedade civil, e de cidadão, isto é, membro da sociedade política. Ambas essas funções são puramente passivas: o indivíduo é tão impotente diante do poder econômico na sociedade civil quanto o é o cidadão para exercer a parcela individual da soberania popular que teoricamente lhe cabe. As objurgatórias de Rousseau contra o sistema representativo de governo³² nunca foram tão justificadas como atualmente.

A verdade é que a bipartição do indivíduo em integrante da sociedade civil e cidadão do Estado veio atender, excelentemente, ao grande desígnio do sistema capitalista em matéria constitucional: separar a economia da política, ou melhor, pôr esta a serviço daquela, de modo a manter a atividade empresária ao abrigo de qualquer interferência governamental.

Em contraste com essa segmentação artificial da sociedade, o direito público da civilização comunitária há de fundar-se, de um lado, na prerrogativa inalienável e indelegável do povo para deliberar e decidir diretamente sobre as questões fundamentais de política interna ou internacional, por meio de referendos, plebiscitos, iniciativas populares, ou pela elaboração de orçamentos públicos. Fundar-se-á também, de outro lado, no poder de supervisão e sanção direta, pelo povo, dos agentes políticos de qualquer natureza, sejam eles governantes, altos funcionários, parlamentares, magistrados ou membros do Ministério Público.

No direito público da civilização comunitária, além do mais, exatamente porque ele é público, isto é, do povo (*_res _publica, _res _populi*, diziam os romanos), a soberania popular não pode confinar-se à esfera estatal, mas há de exercer-se no âmbito da sociedade como um todo.

A vida econômica, antes de tudo, já não será submetida ao interesse supremo de acumulação ilimitada do capital privado, mas organizar-se-á no sentido do serviço à coletividade e do atendimento prioritário das necessidades e utilidades públicas. Em particular, as células do organismo econômico

32. *_Do _Contrato _Social*, livro terceiro, capítulo XV.

- as empresas - devem ser estruturadas de forma a afastar a soberania do capital sobre os demais agentes de produção. A atividade empresarial há de ser direcionada, por meio de estímulos e sanções adequadas, à produção de bens e serviços de interesse coletivo, conforme as diretrizes programáticas estabelecidas pelas autoridades governamentais, com a devida aprovação popular.

Neste último sentido, o tradicional sistema de propriedade intelectual sobre invenções técnicas constitui um sério obstáculo à justa difusão das novas tecnologias, a todos os povos e a todas as camadas sociais. Quando criado pelo *_Monopolies _Act* de 1624, na Inglaterra, esse sistema visava a combinar o estímulo à invenção privada (pelo direito do inventor ao recebimento de *_royalties* na utilização

industrial do invento), com a divulgação dos novos conhecimentos técnicos a toda a coletividade, por meio da obrigatória publicação da fórmula ou receita do produto ou processo de produção. Esta a razão pela qual o prazo de duração das patentes foi fixado pela lei inglesa num múltiplo do tempo de formação dos aprendizes, numa corporação de ofícios: sete anos. O inventor era considerado o mestre de ofícios da comunidade nacional.

Hoje, em lugar de bons resultados para toda a comunidade, o sistema de propriedade industrial engendra concentração de poder econômico, com nula ou quase nula difusão de tecnologia. De um lado, grande parte dos avanços tecnológicos é mantida em segredo, sob regime de *_know-how*. De outro lado, a pesquisa tecnológica demanda investimentos cada vez mais elevados, os quais somente os Poderes Públicos e os grandes grupos empresariais podem realizar. Mas, como esses investimentos obedecem à lógica da lucratividade e não do serviço coletivo, eles se fazem, cada vez mais, por iniciativa e no interesse exclusivo das empresas, com vistas à concorrência. Mesmo quando efetuados pelo Estado, tais investimentos acabam por beneficiar, quase que exclusivamente, as grandes empresas, como salientam os técnicos das Nações Unidas³³.

Numa sociedade autenticamente democrática, especial cuidado deve também merecer a organização dos meios de comunicação social. Ainda aí, a civilização ateniense pode servir-nos de modelo. O debate público sobre questões de interesse coletivo nela ocupava um lugar central, e a *_isegoria* ou igualdade de palavra era escrupulosamente observada, qualquer que fosse a condição social do cidadão.

Sucedeu que, em nossos dias, o espaço público de comunicação já não é a *_ágora* ateniense nem mesmo o Parlamento, como imaginou o constitucionismo clássico, mas sim a imprensa, o rádio, a televisão, a *_Internet*. Ora, salvo esta última, os demais grandes veículos de comunicação, quando não monopolizados pelo Estado autocrático, acabaram sendo apropriados pela classe empresarial, para o serviço de seus interesses de classe. A democratização dos meios de comunicação de massa representa, pois, a condição *_sine _qua _non* do efetivo exercício da soberania popular nos dias que correm. "Um governo popular sem informação popular", disse James Madison em seu tempo, "é um prólogo à farsa, à tragédia, ou a ambas as coisas". A farsa democrática, nós já a conhecemos desde há muito. Resta saber se ainda há tempo de se evitar a tragédia.

Se voltarmos agora os olhos para as relações internacionais, não poderemos deixar de comprovar o desvanescimento das grandes esperanças, suscitadas em 1945, de que o mundo do pós-guerra seria reorganizado no sentido da preservação da paz e dos direitos humanos.

33. Entre 1981 e 1991, menos de 5% dos novos medicamentos lançados no mercado pelos 25 maiores grupos farmacêuticos foram produzidos sem o concurso de recursos públicos. No mesmo período, no setor da biotecnologia, a parte das patentes detidas pelos Poderes Públicos, cuja licença de utilização foi concedida a empresas particulares, passou de 6% a mais de 40% (Relatório Mundial do Desenvolvimento Humano 1999, cit., p. 67 e 69).

Tal como no plano constitucional dos Estados, só a democracia assegura a organização da vida internacional com base no respeito integral à dignidade humana. Como não perceber que o reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos e dos direitos da própria humanidade exige, para sua efetividade, a instituição conseqüente de um governo democrático mundial?

Na construção de uma democracia de âmbito planetário, devemos

aproveitar os elementos institucionais já existentes. reunidos na Organização das Nações Unidas, cuja criação representou, inegavelmente, notável progresso no sentido da proteção mundial da dignidade humana.

Sucedem, porém, que, após os atentados terroristas de Nova York e Washington de 11 de setembro de 2001, a estrutura originalmente oligárquica da ONU, centrada em torno do Conselho de Segurança, tende doravante a contrair-se em direção ao estabelecimento de um poder geral de controle sobre toda a Organização, em mãos de uma única potência: os Estados Unidos. Para opugnar essa tendência claramente monocrática, é indispensável atribuir o poder supremo das Nações Unidas aos povos nela representados, e ampliar as funções de natureza legislativa, executiva e judiciária da Organização.

Para a instituição de uma efetiva soberania dos povos - e não formalmente dos Estados - no seio da ONU, é mister reformar o sistema de votos na Assembleia Geral, não só sob o aspecto qualitativo como também no sentido quantitativo.

Com efeito, se a meta é democratizar a instituição, não se pode deixar de exigir que os Estados-Membros tenham um mínimo de representatividade e consentimento popular no funcionamento de seus órgãos de governo, e que estes atuem sempre dentro dos parâmetros definidos pela Constituição e as leis; vale dizer que todos os membros da ONU sejam Estados de Direito. Tal exigência, uma vez posto o princípio democrático como fundamento da Organização, não configuraria, de modo algum, uma indevida interferência "em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado" (Carta das Nações Unidas, art. 2, 7).

Por outro lado, é bem de ver que o princípio da efetiva representatividade dos povos não se coaduna com a regra da igualdade de votos de cada Estado nas reuniões da Assembleia Geral (Carta, art. 18, 1). O peso demográfico não pode deixar de ser levado em consideração na regulação do sufrágio.

No tocante à organização das diferentes funções internas da ONU, uma medida importante para a ampliação da função legislativa poderia ser adotada em matéria de convenções sobre direitos humanos, votadas pela Assembleia Geral. A aplicação a tais convenções do sistema comum de ratificação individual pelos Estados-Membros representa um anacronismo. Em sua obra fundadora do direito internacional³⁴, Grócio salientou que as convenções entre Estados, analogamente aos contratos do direito privado, podem classificar-se em duas grandes espécies: as bilaterais e as multilaterais. As primeiras, disse ele, *dirimunt partes*, isto é, separam os interesses próprios das partes contratantes, ao passo que as segundas *communione adferunt*, vale dizer, criam relações de comunhão. Ora, esse objetivo comunitário é mais acentuado no caso de convenções multilaterais votadas no seio de uma organização internacional, cujas decisões, tal como no âmbito das sociedades ou associações do direito privado, são normalmente tomadas por votação majoritária e não por unanimidade. O argumento de que a assinatura de um tratado internacional, ou a adesão a ele, é ato do Estado e não simplesmente do governo não colhe no caso, pois o ingresso do Estado na organização internacional já foi objeto de ratificação pelo seu Parlamento, e esta implicou, obviamente, a aceitação de suas regras constitutivas.

É de inteira justiça, portanto, que a aprovação de convenções sobre direitos humanos seja incluída na categoria de

34. *De Jure Belli ac Pacis*, livro II, capítulo XII, §§ III e IV.

assuntos a serem decididos por uma maioria de dois terços, referidos no artigo 18, terceira alínea, da Carta das Nações Unidas³⁴, dispensando-se no caso a ratificação individual dos Estados-Membros para sua entrada em

vigor.

Uma grave carência de capacidade governativa é observada quanto ao que se poderia caracterizar como o exercício do poder executivo nas Nações Unidas.

As duas principais atribuições da ONU, por determinação da Carta de 1945, são, de um lado, a manutenção da paz e da segurança internacionais, e, de outro, a cooperação de todos os povos em matéria econômica e social. Para o exercício da primeira função, criou-se o Conselho de Segurança; para o desempenho da segunda, o Conselho Econômico e Social. Entre esses dois órgãos, porém, o desequilíbrio de poderes é gritante. Enquanto o Conselho de Segurança foi dotado de competência decisória para exercer uma "ação pronta e eficaz", como se diz no artigo 24 da Carta, ao Conselho Econômico e Social somente incumbe a atribuição de "fazer recomendações à Assembléia Geral, aos membros das Nações Unidas e às entidades especializadas interessadas" (art. 62).

Mesmo essa "ação pronta e eficaz" do Conselho de Segurança tem sido, como se sabe, freqüentemente paralisada pelo poder de veto, atribuído aos seus membros permanentes (art. 27, 3). Ademais, uma de suas principais atribuições, qual seja, a de formular "os planos a serem submetidos aos membros das Nações Unidas, para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos" (art. 26), jamais foi cumprida, pois ela se choca com os interesses nacionais das grandes potências que são membros permanentes do órgão.

O caminho para a instituição de um governo mundial democrático no seio das Nações Unidas desenha-se com nitidez a

35. Cf., supra, p. 218.

partir desse diagnóstico. É mister abolir o caráter oligárquico do Conselho de Segurança, suprimindo-se os cargos permanentes com poder de veto. É indispensável dotar o Conselho Econômico e Social de competência decisória, atribuindo-se-lhe ainda um poder de supervisão e direcionamento, não só das atividades das agências especializadas das Nações Unidas em matéria econômica e social, bem como do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e da Organização Mundial do Comércio. Esta última entidade, aliás, ao contrário das duas primeiras, nem é filiada às Nações Unidas.

Ninguém ignora que as instituições criadas em Bretton Woods paralelamente à ONU - o FMI e o Banco Mundial - têm sido, juntamente com a OMC, poderosos instrumentos, utilizados pelas grandes potências, sobretudo os Estados Unidos, na política de globalização capitalista³⁶. Para a construção de um mundo justo e solidário, importa transformar essas instituições em órgãos econômicos e financeiros a serviço dos povos. Nesse sentido, é indispensável transferir integralmente o seu patrimônio para as Nações Unidas, passando essas entidades a ser dirigidas por administradores escolhidos pelo Conselho Econômico e Social da ONU.

No tocante à OMC, é preciso entender que o comércio internacional somente é útil e deve ser expandido quando serve à finalidade maior do desenvolvimento harmônico dos povos, no respeito integral dos direitos humanos. Daí decorre a necessidade de se transformar a OMC, que é atualmente uma entidade autônoma, num órgão integrante das Nações Unidas, e que atue sob a supervisão direta do Conselho Econômico e Social.

36. O Fundo Monetário Internacional tem a estrutura jurídica de uma sociedade de capitais na qual os Estados Unidos detêm uma participação de 17,6%. Como todas as decisões mais importantes dos

membros do Fundo são tomadas por maioria qualificada de 85%, segue-se que o FMI é controlado de jure e de facto pelos Estados Unidos.

Por último, a tarefa de democratização da ONU não se completaria, escusa lembrá-lo, sem a organização de um Poder Judiciário forte e autônomo. Nesse sentido, a primeira medida a ser tomada é a abolição da cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição da Corte Internacional de Justiça. Assim foi feito, no seio da União Européia, com o Protocolo n. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos, no tocante ao Tribunal de Estrasburgo³⁷. A nenhum membro das Nações Unidas seria, então, lícito subtrair-se à jurisdição da Corte, de modo a sobrepor o seu interesse próprio à realização da justiça no plano internacional.

Ainda quanto às funções judiciárias no seio das Nações Unidas, seria preciso completar a obra iniciada com a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, e com os dois Pactos Internacionais de 1966. Na sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social, ficou assentado que esses documentos normativos constituiriam etapas preparatórias à montagem de um aparelhamento institucional adequado, para assegurar o respeito universal aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação. A implementação dessa terceira etapa tem sido postergada, primeiro em razão da "guerra fria" e, em seguida, pela oposição decisiva dos Estados Unidos. É indispensável reforçar os poderes investigatórios da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, bem como criar, ao mesmo tempo, um tribunal internacional com ampla competência para conhecer e julgar os casos de violação desses direitos pelos Estados-Membros, nos moldes do Estatuto de Roma de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional³⁸.

37. Cf. capítulo 16º.

38. Cf. capítulo 23º, supra.

Rumo à salvação da humanidade?

Depois de exaltar o ser humano, "ao qual nenhuma das maravilhas do mundo se iguala", o coro, na *Antígona* de Sófocles (332-333), passa a enumerar os diferentes aspectos da admirável destreza humana, capaz de dominar as forças da natureza, na terra, no mar e nos ares.

O coro não se deixa, porém, ofuscar pela contemplação desse dom excepcional que, segundo o ensinamento do mito de Prometeu, é de natureza divina. Ele conclui sua declamação sobre esse assunto, para lembrar que, se o homem é dotado de um engenho técnico que ultrapassa todas as expectativas (*_sóphon _ti _to _mechanoen _technas _yper _elpid _echoon*), ele é sempre livre de utilizá-lo para o bem ou para o mal, de optar pela vida ou pela morte, não só individualmente, mas em escala planetária.

O século XX da era cristã é a melhor ilustração histórica dessa grande verdade. O homem tornou-se, definitivamente, "senhor e possuidor da natureza", inclusive de sua própria, ao adquirir o poder de manipular o patrimônio genético. Mas, ao mesmo tempo, pela espantosa acumulação de poder tecnológico, jamais como nessa centúria o engenho humano foi capaz de provocar uma tal concentração de hecatombes e aviltamentos; nunca como hoje, a humanidade dividiu-se, tão fundamente, entre a minoria opulenta e a maioria indigente.

O rumo do curso histórico, como no enredo da tragédia clássica, parece pois apontar, inexoravelmente, para a ruína e a desolação. "O desastre", lembra o coro em *Agamenon* de Ésquilo (375-379), "é filho das ousadias temerárias dos que se comprazem no orgulho desmedido, quando suas casas transbordam de opulência". A advertência moral da tradição

grega, desde Sólon, é sempre a mesma: a acumulação de riqueza não Partilhada engendra a arrogância (_hybris) e esta conduz fatalmente ao precipício.

Mas ainda é tempo de mudar de rota e navegar rumo à salvação. Na fímbria do horizonte já luzem os primeiros sinais da aurora. É a esperança de uma nova vida que renasce.

A chama da liberdade, da igualdade e da solidariedade haverá de iluminar e inflamar a Terra inteira.