

Na tradição ocidental, um valor ético fundamental das civilizações de Direito passou a ser a proteção jurídica (na forma da lei) da liberdade e da justiça e legitimidade. Daí a ideia do aperfeiçoamento da convivência social através da expansão dos direitos humanos — um dos legados da modernidade, tanto na sua vertente liberal quanto na sua vertente socialista.

Como se explica, então, a descartabilidade do ser humano no posto em prática pelos regimes totalitários que surgiram no século XX, que assim corporificam uma ruptura com a tradição e as esperanças da modernidade? Por que também depois da derrocada do nazismo e da rejeição, do stalinismo, continuaram a persistir situações de todo tipo que não dão às pessoas a vontade e em casa num mundo que lhes é estranho e comum?

Esta é a temática deste livro de Celso Lafer que, neste livro livre com a reflexão de Hannah Arendt, examina, em primeira parte, o alcance das discontinuidades geradas pela modernidade, propondo, na segunda, caminhos para a reconstrução dos direitos humanos.



CELSO LAFER



RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

COM O PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

BC
ag
124159



ravelmente a este diálogo, pois, na sua trajetória intelectual, tudo o que veio depois de *The Origins of Totalitarianism* representa, basicamente, um enorme esforço de continuar a *pensar* a ruptura, de *querer* evitar um novo estado de natureza totalitário e de oferecer, nesta caminhada, *juízos* reflexivos sobre a singularidade da situação presente, uma vez que o ineditismo do mundo contemporâneo não permite a subsunção ao repertório das categorias tradicionais.

PARTE II

A RUPTURA: OCASO E RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO IV
OS DIREITOS HUMANOS
E A RUPTURA

(A) O "estado totalitário de natureza"
e a crise dos direitos humanos:
a problemática da ruptura

1. O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, neste sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, que em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade — a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública — que requer a ação conjunta com outros homens — e a desolação, que impede a vida privada.¹

A eliminação da espontaneidade, através do isolamento e da desolação, só se viabiliza plenamente nas condições do campo de concentração, que é, conseqüentemente, como foi visto no capítulo anterior, a instituição paradigmática, constitutiva do cerne do regime totalitário e o laboratório no qual se experimenta o "tudo é possível" da convicção totalitária.

O "tudo é possível", na dinâmica do totalitarismo, parte do pressuposto, também examinado no capítulo anterior, de que os seres humanos são supérfluos. Tal pressuposto contesta a afirmação kantiana de que o homem, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim de si mes-

mo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade. Contesta igualmente, e de maneira frontal, o processo de objetivação histórica que, de acordo com Miguel Reale, levou a uma conquista axiológica: a do reconhecimento do valor da pessoa humana enquanto "valor-fonte" de todos os valores sociais e, destarte, o fundamento último da ordem jurídica, tal como formulado seja pela tradição do jusnaturalismo moderno, seja pela deontologia, no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito.²

O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura — o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental — passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o "estado totalitário de natureza". Este "estado de natureza" não é um fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de selvageria,³ que tornou homens sem lugar no mundo.

No mundo contemporâneo continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos e, portanto, sem lugar no mundo. Por essa razão, o inter-relacionamento do tema da ruptura com o da crise dos direitos humanos continua na ordem do dia. Daí, a meu ver, a atualidade e a importância do problema, que constitui o objeto de investigação deste trabalho e que será conduzido, como foi apontado na Introdução, através de um diálogo livre com Hannah Arendt. Este diálogo, no meu entender, é particularmente fecundo, pois tendo a reflexão arendtiana como núcleo básico o inter-relacionamento entre a ruptura — que levou ao ocaso dos direitos humanos — e as possíveis respostas a esta ruptura, trata-se de uma obra que oferece indicações muito relevantes, que pretendo elaborar, para a reconstrução da temática dos direitos humanos.

(B) *O valor da pessoa humana e a tradição ocidental: origem e desenvolvimento dos direitos humanos*

2. O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário.

A Bíblia começa com a história das origens da humanidade e,

no *Gênesis*, está dito que "Deus criou o homem à sua imagem" (1, 26). Ensina, desta maneira, o Velho Testamento, que o homem assinala o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. Observa, neste sentido, Hannah Arendt que os hebreus "[...] sempre sustentaram que a própria vida é sagrada, mais sagrada que tudo mais no mundo, e que o homem é o ser supremo sobre a terra". Todo homem, portanto, é único e quem suprime uma existência — afirma o Talmud — é como se destruísse o mundo na sua inteireza. Na elaboração judaica deste ensinamento isto se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa através do reconhecimento e da afirmação das Leis de Noé. Estas (*Gênesis*, 9, 6-17) são um direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade e representam um conceito próximo do *jus naturae et gentium*, inspirador dos ensinamentos do cristianismo e, posteriormente, de Grócio e Selden, que são uma das fontes das Declarações de Direitos das Revoluções Americana e Francesa.⁴

Na vertente grega da tradição cabe mencionar o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade — *cosmo-polis* — da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.⁵

O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não "há distinção entre judeu e grego" (são Paulo, *Epístola aos Romanos*, 10, 12), pois "não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus" (são Paulo, *Epístola aos Gálatas*, 3, 28). Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.⁶

3. A emergência, com o cristianismo, da subjetividade jurídica não teve alcance político nos seus desdobramentos iniciais. De fato, de acordo com Hannah Arendt, uma das conseqüências importantes

da difusão da mensagem cristã que afirmava a imortalidade da vida humana individual foi a de fazer com que a preocupação com a vida e a imortalidade do indivíduo tomassem o lugar antes ocupado pela preocupação com a vida e a imortalidade da *polis*. Esta visão antipolítica, voltada para a superioridade da *vita contemplativa*, diante do caráter ilusório da *vita activa*, trouxe, na análise arendtiana, uma alienação em relação ao mundo que tem, na época moderna, características muito específicas. ↴

Com efeito, os antigos e os medievais, ao rejeitarem o mundo dos homens, voltaram-se, desde Platão, para a busca e a contemplação da verdade eterna. Os modernos, para o mundo interior do ser, por força da dúvida que coloca em questão a eterna verdade das coisas. São paradigmas da dúvida no mundo moderno, consoante Hannah Arendt: o telescópio de Galileu, que instituiu o hiato entre a realidade e o que aparece aos sentidos; e Descartes, para quem a dúvida surgiu como meio de afirmar a existência de processos mentais e a razão aparece, não como aptidão pública exercida na comunicação intersubjetiva, mas como faculdade natural e privada inerente a todo homem. Daí o *subjetivismo* e a redução da filosofia à epistemologia — a análise daquilo que o sujeito cognoscente é capaz de conhecer.⁷

É neste contexto que importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensinou o tema dos direitos humanos, a saber, o *individualismo* na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêem no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano. Tem, como ponto de partida, no plano epistemológico, o *nominalismo*, que substituiu a preocupação aristotélica com o geral pelas substâncias individuais de Guilherme de Occam. Com efeito, para o nominalismo só são reais os seres singulares designados por nomes próprios. Os nomes comuns ou as relações são apenas instrumentos úteis para conotar — para notar em conjunto — uma pluralidade de seres individuais. Os “universais” e as relações, por isso mesmo, só têm existência no discurso forjado convencionalmente pelos homens, pois o mundo não é um cosmos — um sistema ordenado —, mas sim um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade. Disso deriva, segundo Michel Villey, um momento copernicano na história do pensamento jurídico ocidental, representado pela instauração do ponto de vista do particular. Isto culminará na elaboração do conceito de direito subjetivo — especificamente, nos poderes de

agir atribuídos ao indivíduo — visto como um *prius* em relação ao direito objetivo e, por isso, convertido em palavra-chave do Direito Moderno. É assim que Grócio define o Direito, ao considerar o *jus* como faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente.⁸

O direito subjetivo é uma figura jurídica afim com a dos direitos do homem e da personalidade,⁹ todos representativos, no seu desenvolvimento teórico, do individualismo. Este marca, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a erosão de uma concepção hierárquica de sociedade na qual a igualdade só se colocava no momento da morte.¹⁰ É por essa razão que, no Direito Medieval, a noção correspondente à do direito subjetivo é o conceito de privilégio — as prerrogativas concedidas aos “estamentos” ou “ordens” em torno das quais, na Idade Média e em grande medida até a Revolução Francesa, a sociedade se organizava na Europa.¹¹

4. A passagem das prerrogativas estamentais para os direitos do homem encontra na Reforma, que assinala a presença do individualismo no campo da salvação, um momento importante da ruptura com uma concepção hierárquica de vida no plano religioso, pois a Reforma trouxe a preocupação com o sucesso no mundo como sinal da salvação individual. Desta ruptura da unidade religiosa deriva o primeiro direito individual reivindicado: o da liberdade de opção religiosa. Na experiência norte-americana, esta é um traço do legado puritano que integra o que Hannah Arendt chama a “*constitutio libertatis*”, a fundação da liberdade na Revolução Americana. Este legado está na raiz da prática governamental das colônias inglesas na América do Norte e é uma das bases das Declarações de Direitos dos Estados Americanos — a primeira das quais foi a de Virgínia — que inspiraram a Declaração Francesa, na lição de Jellineck.¹²

Outra consequência da Reforma que merece ser destacada, nesta breve reconstituição da tradição que levou aos direitos humanos, é a laicização do Direito Natural a partir de Grócio e o consequente apelo à *razão* como fundamento do Direito, aceitável, por isso mesmo, por todos, porque comum aos homens independentemente de suas crenças religiosas. Este processo de secularização, examinado no capítulo I, culmina com o *sapere aude* kantiano, ou seja, com a liberdade do uso autônomo da própria razão, que pode produzir a *Ilustração* e a maioria dos homens.¹³ Daí a reivindicação da liberdade de pensamento e de opinião.

O Direito Natural laicizado difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social como explicação da origem

do Estado, da Sociedade e do Direito. A explicação *contratualista* ajusta-se à passagem de um Direito baseado no *status* para o Direito baseado no indivíduo, numa sociedade na qual começa a surgir o *mercado* e a competição. Com efeito, no contratualismo a relação autoridade-liberdade fundamenta-se na auto-obrigação dos governados, resolvendo-se desta maneira um dos problemas básicos da Filosofia Jurídica individualista, que é o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vinculá-los e obrigá-los. Esta vinculação provém de uma auto-obrigação no momento da celebração do contrato social, na passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade. Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional dos indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito que não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos.¹⁴

Os indivíduos, até mesmo no contratualismo de Hobbes — que Hannah Arendt denomina vertical porque instaurador do poder do *Leviatã* —, retêm o direito inalienável à vida.¹⁵ No contratualismo de Locke — que Hannah Arendt considera de tipo horizontal porque criador de uma *societas* entre indivíduos¹⁶ — o Estado e o Direito são um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza, onde tudo é permitido, com as exigências da vida em sociedade. Por isso,

Absolute arbitrary power, or governing without settled standing laws, can neither of them consist with the ends of society and government, which men would not quit the freedom of the state of nature for, and tie themselves up under were it not to preserve their lives, liberties and fortunes; and by stated rules of right and property to secure their peace and quiet.¹⁷

Existe uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no *constitucionalismo*. Com efeito, a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao *indivíduo*. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes, na lição clássica de Montesquieu — que tem as suas raízes na teoria do governo misto,¹⁸ combinada com uma declaração

de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição. Diz, neste sentido, o artigo 16 de Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

A idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes, foi a grande novidade da Ilustração. Ela trouxe a substituição do princípio de legitimidade dinástica que, na forma da monarquia hereditária, foi o legado que a Idade Moderna herdou da sociedade medieval, baseada nos costumes, pelo princípio da soberania popular, de origem contratualista.

Com efeito, dessa maneira o contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. O titular deste poder, na lição de Sieyès, é a nação, que elabora a Constituição — o pacto que dá início à ordem jurídica e que constitui o título em que se baseiam os poderes constituídos.¹⁹

No jusnaturalismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compelir a mente. Por isso, dispensavam tanto a violência quanto a persuasão e o argumento. Seriam, na tradição do pensamento que remonta a Platão, uma medida de conduta humana que transcende a *polis*, da mesma maneira como, nas palavras de Hannah Arendt ao analisar esta tradição, “um metro transcende todas as coisas cujo comprimento pode medir, estando além e fora destas”.²⁰

A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos *estamentos* ou ordens das quais se originavam.²¹ É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo, de-

pendente da vontade do legislador em contextos localizados e variáveis.²²

5. É sabido, no entanto, que o processo de positivação das declarações de direitos não desempenhou esta função estabilizadora, pois do século XVIII até os nossos dias, o elenco dos direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. É difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos.²³ Algumas liberdades, como a de opinião, a de pensamento e a de associação — e no campo econômico a do consumidor — revelaram-se mais abrangentes do que outras — por exemplo, a empresarial ou a de propriedade, por força da interação histórica do legado liberal, que enfatiza a liberdade do indivíduo, e do legado socialista, que realça o igualitarismo.²⁴ Daí a crítica proposta no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito à fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos, baseada num conceito como o de natureza humana — que se evidenciou ambíguo e plurívoco — e a sua substituição por uma fundamentação historicista.²⁵ Neste ângulo, o problema acabou se colocando como o da razoabilidade dos direitos do homem na História, não se tratando, conseqüentemente, nas palavras de Croce, “de demandas eternas, senão apenas de direitos históricos, manifestação das necessidades de tal ou qual época e intentos de satisfazer estas necessidades”.²⁶

Observa, neste sentido, Hannah Arendt, ao examinar as relações entre a verdade e a política, que Jefferson, quando redigiu a Declaração de Independência dos EUA, insistiu na existência de *verdades evidentes*, pois desejava colocar o consenso básico da Revolução Americana acima da discussão e do argumento. Entretanto, ao dizer que “We hold these truths to be self-evident”, este “we hold” mostra que, para o próprio Jefferson, os direitos inalienáveis, entre os quais ele realçava “life, liberty and the pursuit of happiness”, baseados todos no pressuposto de que “all men are created equal”, não eram evidências nem consistiam um absoluto transcendente. Representavam uma conquista histórica e política — uma invenção — que exigia o acordo e o consenso entre os homens que estavam organizando uma comunidade política. A modalidade de asserção desta conquista não resultava, portanto, da coerção imposta ou pela natureza ou pela evidência racional, mas sim dos fatos históricos que tornaram politicamente viável e intelectualmente razoável a “powerful eloquence” que anima a tutela dos direitos humanos. Daí a recusa do jusnaturalismo por Hannah Arendt, que

observa, em *On Revolution*, que os homens não nascem iguais nem são criados igualmente por obra da natureza — daquilo que é dado por ser *physis*. É a *polis*, por meio da lei, isto é, do *nomos* — na acepção ampla de norma, costume, opinião e maneira de pensar, termo que em Hannah Arendt opõe-se dicotomicamente a *physis* —, que faz surgir uma ordem igualitária, sendo esta, portanto, um construído convencional. É por essa razão que o aprofundamento do diálogo com o pensamento arendtiano requer um exame dos aspectos históricos que possibilitaram a asserção política e a posterior crise desta invenção para a convivência coletiva, que são os direitos humanos.²⁷

(C) *A afirmação político-jurídica dos direitos humanos na História: os direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração*

6. Na análise dos processos de asserção e mudança dos direitos do homem na História, creio que é útil recorrer à distinção entre a perspectiva *ex parte populi* — a dos que estão submetidos ao poder — e a perspectiva *ex parte principis* — a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo. Esta distinção que permeia a história do pensamento político não há de ser entendida como dicotomia do tipo dualista, ou seja, como cisão taxativa, graças à qual uma perspectiva exclui a outra. Trata-se, na verdade, de uma dicotomia do tipo pluralista que procura classificar, combinando, uma realidade complexa e em permanente transformação.

Feita esta necessária matização, sublinho a importância da dicotomia para o tema dos direitos humanos, pois a preeminência da perspectiva *ex parte populi* tem a sua origem na lógica da modernidade, que afirmou a existência de direitos naturais, que pertencem ao indivíduo e que precedem a formação de qualquer sociedade política. Disso resulta, como aponta Bobbio, o princípio, solenemente proclamado pelas declarações americana e francesa, de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo.²⁸

Isto posto, penso que se pode dizer que a perspectiva *ex parte principis*, em relação aos direitos humanos enquanto invenção histórica, norteia-se pela governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território. Com efeito, como observa Foucault, a partir da segunda metade do século XVIII, “a população será o ponto em torno do qual se organizará aquilo que nos textos do século XVI se chamava de paciência do soberano, no sentido em que

a população será o objeto que o governo deverá levar em consideração em suas observações, em seu saber, para conseguir governar efetivamente de modo racional e planejado".²⁹ É por essa razão que, numa perspectiva *ex parte principis*, deontologicamente aceitável para o critério da razoabilidade do paradigma da Filosofia do Direito, o tema dos direitos humanos é o da escolha, baseada numa "ética de responsabilidade", de quais os direitos humanos que podem efetivamente ser tutelados, levando-se em conta os recursos disponíveis e a necessidade de evitar, com a discórdia excessiva, a desagregação da unidade do poder.³⁰

Já a perspectiva *ex parte populi*, em contraste com a *ex parte principis*, não se ocupa com a governabilidade, mas se preocupa com a liberdade. É por essa razão que, na perspectiva *ex parte populi*, os direitos humanos, desde Locke, colocaram-se como uma conquista política a serviço dos governados. Daí porque, no século XIX, e particularmente depois da I Guerra Mundial, os direitos humanos, na interação entre governantes e governados, serviram de ponto de apoio para as reivindicações dos desprivilegiados, constituindo, nas palavras de Hannah Arendt, "uma espécie de lei adicional, um direito de exceção para aqueles que não tinham nada melhor em que se apoiar".³¹

Com efeito, num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político.

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao *modo de exercício* — é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao *sujeito passivo do direito* — pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhe-

cimento do direito do outro, isto é, nas palavras do artigo 4.º da Declaração Francesa de 1789: "[...] l'existence 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"; e (III) quanto ao *titular do direito*, que é o homem na sua individualidade.

Na evolução do liberalismo o individualismo ver-se-ia complementado pelo reconhecimento, não contemplado na Declaração de 1789, dos direitos individuais exercidos coletivamente. É a liberdade de associação, reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana, que permitiu o aparecimento dos partidos políticos e dos sindicatos. Com efeito, no caso, trata-se de direitos que só podem ser exercidos se várias pessoas concordarem em utilizar os seus direitos numa mesma e convergente direção — por exemplo, associando-se a um partido político, a um sindicato ou concordando em fazer uma greve. Os direitos individuais exercidos coletivamente incorporaram-se, no correr do século XIX, à doutrina liberal, que neles reconheceu um ingrediente fundamental para a prática da democracia e, conseqüentemente, um dado importante na interação entre governantes e governados, que favorece, *ex parte populi*, a liberdade ao ensejar o controle do todo político-econômico-social pelos governados.³²

7. A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do "bem-estar social", entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a inva-

são do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.³³

No plano do Direito Positivo o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontra na Constituição Francesa de 1791, que no seu Título 1.º previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem. Na Constituição Francesa de 1848, que, apesar de ter emanado de uma Constituinte conservadora, refletiu a consciência dos problemas trazidos pela Revolução Industrial e pela condição operária, o tema aparece no Item I do Preâmbulo, no trecho que considera como objetivo da República o de "assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société". Nesta Constituição, no entanto, se há o reconhecimento de deveres sociais do Estado, não existe uma proclamação dos direitos correlativos dos cidadãos. Estes só surgirão nos textos constitucionais do século XX, por força da influência da Revolução Russa, da Revolução Mexicana e da Constituição de Weimar. Na experiência brasileira, como é sabido, o reconhecimento constitucional dos direitos de segunda geração data da Constituição de 1934.³⁴

O processo de afirmação histórica dos direitos de primeira e segunda geração, sucintamente resenhados, mostra que eles não são absolutos, mas podem ser vistos como razoáveis no sentido de que existem bons argumentos para fundamentá-los eticamente.³⁵ A idéia de razoabilidade que permeia a deontologia no paradigma da Filosofia do Direito não elimina, evidentemente, os problemas práticos da tutela, que se colocam tanto para a perspectiva *ex parte populi* quanto para a *ex parte principis*.

Na perspectiva *ex parte principis*, que é a da governabilidade, os problemas práticos da tutela surgem em primeiro lugar em relação aos direitos de primeira geração. É o caso dos limites eventualmente impostos ao direito de reunião, de associação, de opinião ou de greve, tendo em vista a tradicional preocupação dos governantes com a ordem, até mesmo em situações de normalidade constitucional. Estes problemas surgem também, e seqüencialmente, em relação aos direitos de segunda geração, pois é a coletividade que, através do Estado enquanto o sujeito passivo destes créditos, fixa, em função dos meios disponíveis e das prioridades estabelecidas, em que medida pode e pretende saldar os compromissos assumidos em relação aos indivíduos em matéria, por exemplo, de saúde, educação ou trabalho.

Na perspectiva *ex parte populi*, que é a da liberdade, uma

das contradições, na prática, da tutela, resulta do fato de os direitos de primeira geração almejarem limitar os poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre Estado e sociedade, e os direitos de segunda geração exigirem a ampliação dos poderes do Estado. É por essa razão que são distintas as técnicas jurídicas que ensejam a fruição, *ex parte populi*, dos direitos de primeira e de segunda geração. No primeiro caso a iniciativa cabe aos indivíduos e o papel do Estado é de polícia administrativa por parte do Executivo, de controle pelo Judiciário das lesões individuais, tudo em conformidade com as leis elaboradas pelo Legislativo, nos termos e nos limites estabelecidos pela Constituição. No segundo caso o atendimento dos direitos depende do Estado, requerendo que o Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade através da ampliação dos serviços públicos.

A heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas dos direitos de crédito explica porque, tecnicamente, no plano internacional, foram elaborados dois pactos distintos no sistema de tutela dos direitos humanos na ONU: um para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos e sociais.

De fato, os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos. Já os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de "objetivos" a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela, no plano internacional, não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como é o caso dos direitos civis e políticos, mas geralmente se faz através de relatórios sobre situações prevaletentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos e examinados por um organismo internacional.³⁶

A heterogeneidade jurídica acima referida deriva de duas distintas concepções do papel do Estado. Ela é um dos pontos de clivagem que dificultam a convergência política entre a herança liberal e a socialista, no processo histórico de afirmação dos direitos humanos. Esta clivagem pode ser rastreada a duas distintas representações de revolução — a americana e a francesa — e às suas conseqüências no processo de afirmação dos direitos humanos, conseqüências que são independentes do paralelismo de conteúdo que caracteriza as proclamações americanas de 1776 e a declaração francesa de 1789.

Para os americanos de 1776 e os seus herdeiros ideológicos, o funcionamento natural da sociedade tende a atualizar espontaneamente os direitos do homem, desde que a sociedade seja autônoma e o Estado limite as suas intervenções a um mínimo. Para os franceses da Revolução e seus herdeiros ideológicos, o Direito Natural só se positiva mediante uma correção voluntarista, de iniciativa política, que transforma uma ordem social corrompida tornando-a conforme a um ideal de virtude.

Da representação americana deriva o horizonte da visão liberal clássica, que a prática da História demonstrou não resolver o problema social e político da desigualdade. Esta visão, na sua formulação contemporânea mais radical, que é a de Hayek, termina, paradoxalmente, num evolucionismo histórico pela crença no auto-desenvolvimento do mercado, visto como um processo impessoal no qual prevaleceria a astúcia da razão econômica.

Da representação francesa, na sua tradição jacobina, deriva o horizonte de um poder onipotente e constantemente ativo, que no limite leva ao terror. É por essa razão que a herança jacobina da revolução social tem algo a ver com a ruptura totalitária, e é por isso que, no meu entender, Hannah Arendt a criticou em *On Revolution*.

É com base nestas distintas representações que Luc Ferry e Alain Renaut acentuam o obnubilamento constitutivo da tradição socialista em relação ao alcance democrático dos direitos de primeira geração e a reticência congênita da tradição liberal em relação às exigências democráticas de justiça social, promovidas pela iniciativa estatal por meio dos direitos de segunda geração.

É, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens, e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira para a segunda geração de direitos, obedece, como foi dito, na perspectiva *ex parte populi*, a uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios.

Esta antinomia entre os direitos de primeira e os de segunda geração é, aliás, um bom exemplo do caráter heurístico da dicotomia pensar/conhecer, examinada no capítulo anterior, pois os direi-

tos de crédito, por meio dos quais se exprime, no plano jurídico, a exigência de solidariedade, são uma idéia da razão que transpõe os limites práticos do conhecimento, no parar para pensar o problema da desigualdade.³⁷

9. Cabe finalmente apontar, no processo de asserção histórica dos direitos humanos, aqueles que, na linguagem da ONU, têm sido contemporaneamente denominados direitos de terceira e até mesmo de quarta geração e que, como os das gerações anteriores, têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas (art. 1.º, § 2.º, art. 55), e reivindicado com muita nitidez na prática da ONU em relação às potências colonialistas no processo de descolonização, a partir da Resolução 1514 (XV) da Assembléia Geral de dezembro de 1960. O direito à autodeterminação dos povos foi consagrado tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 1.º), quanto no sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 1.º), e é juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva, que se insere como um dos exemplos, pacificamente aceito por todos os Estados, de *jus cogens* no plano internacional. Neste sentido, cabe marcar uma distinção importante entre o princípio das nacionalidades consagrado pelo Pacto da Sociedade das Nações — que foi aplicado preferencialmente na Europa e que não levou à rejeição do colonialismo na África, na Ásia e na América Latina — e o princípio da autodeterminação dos povos no sistema da ONU, que levou a uma norma peremptória de Direito Internacional Público de escopo universal.

No contexto dos direitos de titularidade coletiva que vêm sendo elaborados no sistema da ONU é oportuno, igualmente, mencionar: o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos nas negociações, no âmbito do diálogo Norte/Sul, sobre uma nova ordem econômica internacional; o direito à paz, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o direito ao meio ambiente argüido no debate ecológico; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade, a ser administrado por uma autoridade internacional e em benefício da humanidade em geral, no texto do tratado que resultou das negociações da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (cf. arts. 136, 140, 154 e 157).

10. Os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade — sejam eles os de primeira ou de segunda geração — têm uma titularidade inequívoca: o indivíduo. Entretanto, na passagem de uma titularidade individual para uma coletiva, que caracteriza os direitos de terceira e quarta geração, podem surgir dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementaridade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva — basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, religiosas, lingüísticas e sexuais.

Um bom exemplo de imprecisão em matéria de direitos de titularidade coletiva é o próprio direito à autodeterminação dos povos, pois os textos falam de povos, que é um termo plurívoco, daí advindo a dificuldade em diferenciá-lo de outros, como o de nação, que com ele se relaciona mas não se identifica. De fato, o direito à autodeterminação, no Direito Internacional Público contemporâneo, foi atribuído a povos mas não a Estados ou nações. As minorias que, dependendo das circunstâncias, podem ser vistas como nação em potencial não possuem, no Direito Internacional Público contemporâneo, um direito coletivo de autodeterminação, consoante o art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis. Por outro lado, a famosa Resolução 1514 (XV), acima mencionada, no seu item 6, realça que o direito à autodeterminação não pode quebrar, total ou parcialmente, a unidade e a integridade territorial de um país. É por essa razão que, com exceção da dominação colonial ou estrangeira, não se reconhece um direito à secessão de Estados.

Em síntese, a diversidade de situações hoje existentes na vida internacional e a variabilidade potencial dos elementos constitutivos do conceito de *povo* podem trazer dúvidas sobre a compreensão do conceito, ou seja, de sua exata conotação para os efeitos de precisar qual é a coletividade que tem a inequívoca titularidade para afirmar, no campo do Direito Internacional Público, o seu direito à autodeterminação.

Outro dilema suscitado pela contradição entre os direitos de primeira e segunda geração e os de terceira geração advém da dialética entre os direitos dos indivíduos e os seus correspondentes deveres em relação à comunidade. É certo que, em princípio, existe complementaridade nesta dialética, como estabelece a Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu art. 29, § 1.º, depois de

elencar os direitos humanos, ao afirmar que: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”, o mesmo ocorrendo, em ordem inversa, no preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Entretanto, a participação de um indivíduo num grupo coletivo não repousa necessariamente numa adesão voluntária — numa escolha —, e pode não ser o mais apropriado para o desenvolvimento de sua personalidade.³⁸

O grupo nacional, por exemplo, dá ao indivíduo o seu meio de comunicação — a língua — e não é preciso reiterar que o pacto lingüístico, como já ensinava Rousseau, é um pressuposto do contrato social. A língua permite a herança cultural, que é um repertório compartilhado de significados que pode ensejar a nacionalidade, ou seja, hábitos complementares de comunicação que, ao privilegiarem, na comunicação social e no processo decisório, mensagens, imagens e memória nacionais, indubitavelmente vinculam o homem à sua coletividade nacional. Entretanto, a afirmação do primado da coletividade nacional em relação ao indivíduo na sua singularidade pode levar à tese de que o indivíduo não tem direitos, mas apenas deveres em relação ao todo, pois a sua plenitude só se dá com o desenvolvimento do *Volk*, da Raça ou da Nação. É o que ocorreu no nazismo, cujo Direito propunha-se a ter como centro não a pessoa humana mas sim o homem enquanto integrado na comunidade do povo — o *Volksgenosse*.³⁹

A tese de que os indivíduos não têm direitos mas apenas deveres em relação à coletividade, na medida em que estes deveres são estipulados *ex parte principis*, sem um controle e uma participação de cunho democrático dos governados, levou, no totalitarismo, à negação do valor da pessoa humana enquanto “valor-fonte” da ordem jurídica. Ora, este “valor-fonte” da tradição, que afirma a dignidade do homem graças à “invenção dos direitos humanos”, na interação histórica entre governantes e governados teve, e continua tendo, como função, na perspectiva *ex parte populi*, servir de ponto de apoio para as reivindicações dos desprivilegiados. No totalitarismo isto não ocorreu, pois os indivíduos foram vistos como superfluos pelos governantes. Como entender esta situação, que rompe tão flagrantemente com uma tradição que, apesar de tantas marchas e contramarchas, indicava o processo de objetivação histórica de uma direção, ou pelo menos de uma esperança razoável de aperfeiçoamento da convivência coletiva? Em outras palavras, como é que foi possível o totalitarismo, nas suas vertentes nazista e stalinista, desdobramentos históricos aparentemente contraditórios e surpreen-

centes da utopia liberal — inspiradora dos direitos de primeira geração — e da utopia socialista — inspiradora dos direitos de segunda geração? ⁴⁰

Hannah Arendt, ao procurar responder a estas perguntas, que são constitutivas de sua reflexão sobre a ruptura, entende que existem *origens* do totalitarismo. Estas origens, como já foi observado, não são causas mas sim antecedentes, vale dizer, cristalizações de formas de atuação que ajudam a esclarecer os eventos que culminaram no totalitarismo. No exame destes antecedentes do processo de ruptura, que a meu ver explicam, no campo jurídico, a erosão tanto do paradigma do Direito Natural quanto do da Filosofia do Direito, a análise arendtiana ilumina como os direitos humanos não são, na linha de pensamento que remonta a Platão, uma medida externa à *polis*, ou seja, um *dado*. São um *construído*, uma invenção ligada à organização da comunidade política, que na experiência europeia foi mais ou menos duradoura em função das vicissitudes históricas derivadas da aplicação do princípio das nacionalidades na estruturação do Estado.

(D) *Os direitos humanos e o princípio das nacionalidades até a I Guerra Mundial — o relacionamento entre direitos de titularidade individual e direitos de titularidade coletiva*

11. A noção de Estado, tal como vem sendo tradicionalmente elaborada pela teoria jurídica, requer a presença de quatro elementos: governo, população, território e soberania. Neste sentido, não existe ambigüidade de natureza teórica quanto aos elementos constitutivos da noção jurídica de Estado mas, na prática, podem surgir dúvidas em razão da diversidade das situações de fato que a noção comporta.⁴¹ Um aspecto destas dúvidas de natureza factual diz respeito à incidência sobre a população do relacionamento entre nação e Estado, que passo a examinar.

No mundo moderno, no âmbito da civilização europeia, até as Revoluções Americana e Francesa, prevaleceu basicamente, tanto no plano interno quanto no plano internacional, o princípio da legitimidade dinástica. Este princípio, por força da influência do fenômeno revolucionário, viu-se substituído pelo princípio da legitimidade popular, que cortou o liame dinástico na relação entre governantes e governados. Graças a este corte, sobretudo por força da inspiração da Revolução Francesa, o “Viva a Nação” tomou o

lugar do “Viva o Rei”, colocando-se a nação divinizada no trono do monarca absoluto. Observa neste sentido Hannah Arendt, ao comentar Sièyes e as conseqüências da inexistência de limites ao poder constituinte originário: “Tanto o poder como o Direito estavam ancorados na nação, ou melhor, na vontade da nação que, por si só, mantinha-se fora e acima de todos os governos e de todas as leis”.⁴²

A idéia de uma vontade única da nação deu lugar à postulação da coincidência entre Estado e Nação que efetivamente deslocou, da dinastia legítima para a Nação, o critério da lealdade e do vínculo de uma população em relação ao Estado. Daí o inter-relacionamento entre a Nação e a comunidade política que inspirou, a partir do século XIX, o esforço de organizar o sistema interestatal com base no princípio das nacionalidades.⁴³ Por isso, denomina-se habitualmente de nacionalidade o vínculo jurídico e político que une uma população a um Estado. É com base neste vínculo, que se pressupõe dotado de permanência e continuidade, que no âmbito de um Estado se distingue o nacional do estrangeiro, fundamentando-se também neste nexa a competência pessoal do Estado em relação aos seus nacionais além de suas fronteiras.

12. O termo nacionalidade e o termo cidadania freqüentemente são utilizados como sinônimos, ainda que a identificação entre os dois, em distintos sistemas jurídicos nacionais, nem sempre seja correta. A cidadania pressupõe a nacionalidade, mas o nacional pode estar legalmente incapacitado para exercer a cidadania, ou seja, os seus direitos políticos. É o caso, por exemplo, do menor, até ele atingir a maioria política, dos interditados, e em certos países dos analfabetos ou dos condenados a penas de reclusão. Entretanto, como a nacionalidade é o vínculo jurídico-político entre um Estado soberano e um indivíduo, que faz deste indivíduo membro de uma comunidade política e, conseqüentemente, parte integrante da competência pessoal do Estado, os textos de Direito Internacional Público contemporâneo, em matéria de direitos humanos, tendem a assimilar a nacionalidade à cidadania. Valem-se do termo cidadania para caracterizar quem é membro do Estado e a ele deve lealdade em virtude de sua nacionalidade, em contraposição a outros indivíduos que não têm essa relação jurídica. (Cf. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 25; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 1.º, § 2.º)

Sublinha-se, dessa maneira, como a dimensão pessoal, mais do

que o território e o governo, constitui a base do princípio de continuidade do Estado numa perspectiva *ex parte populi*, em consonância, aliás, com a clássica lição da democracia grega. De fato, a base jurídico-política principal da *polis* era a união pessoal — o grupo humano da cidadania — e é por essa razão que Tucídides afirmou que “os homens são a cidade, não as muralhas ou os navios sem homens”, e Aristóteles, na *Política*, definiu a *polis* como “uma coletividade determinada pelos cidadãos”.

Um Estado possui jurisdição sobre todas as pessoas que se encontram no seu território. Tal jurisdição é parte de sua competência pessoal e uma das questões que a competência pessoal do Estado suscita diz respeito à definição de quais são os nacionais de um Estado e por quais mecanismos jurídicos atribui-se a nacionalidade originária, obtida desde o nascimento (por exemplo, pelo critério do *jus solis* ou do *jus sanguinis*), e a adquirida por naturalização.⁴⁴ A atribuição jurídica da nacionalidade originária, seja pelo critério do *jus solis*, seja pelo do *jus sanguinis*, oferece precisamente, em virtude da diversidade de situações de fato que o princípio das nacionalidades alberga, problemas de denotação do conceito de nação, ou seja, de sua extensão e limites em casos concretos.

13. Etimologicamente, nação vem do latim *natio*, por sua vez derivado de *natus*, particípio do verbo *nascor*: nascer. Designava originariamente a ação de nascer e tinha um sentido étnico que, por uma transição fácil, aplicada a coletividades, passou a ter a acepção de indígena, ou seja, a dos nascidos no território e, por isso, originários do país, por oposição aos alienígenas. Numa acepção derivada, o termo nação, depois das Revoluções Americana e Francesa, foi sendo aplicado à organização política do *populus*, identificando-se com o Estado, daí advindo a origem do princípio contemporâneo de autodeterminação dos povos.

Quais são as notas típicas que permitem dizer que um grupo de homens forma uma nacionalidade, suficientemente caracterizado e distinto para, com base no princípio das nacionalidades, organizar-se como Estado independente no sistema internacional? A esta pergunta foram dadas basicamente dois tipos de respostas no século XIX: uma de natureza objetiva, outra de natureza subjetiva — ambas, no entanto, não eliminando as ambigüidades derivadas dos problemas da extensão e do limite do conceito de nação em casos concretos.

A resposta de natureza objetiva busca fundamentar o conceito de nação, enquanto critério de estruturação da comunidade política, em elementos de fato, não levando em conta a adesão voluntária

dos indivíduos. É a teoria alemã que, na síntese de Charles Rousseau, repousa na comunidade do território, na identidade da língua, na raça — daí derivando o pangermanismo, o pan-eslavismo e o racismo — e na comunhão de cultura e civilização.

A resposta de natureza subjetiva realça a dimensão da escolha dos indivíduos ao privilegiar a consciência que têm os homens de formarem um grupo diferenciado de grupos similares. É a teoria franco-italiana de nação, inspirada por autores como Madame de Staël, Mancini e Renan. Esta teoria, na síntese de Charles Rousseau, tem um elemento psicológico — ligado a uma consciência nacional, ou seja, ao sentimento nacional de uma consciência comum — e tem um elemento voluntarista — vale dizer, o consentimento de uma população a um querer viver coletivo.⁴⁵

A identificação do Estado com a nação coincidiu, na experiência européia, com o despertar dos governos constitucionais que, baseados no princípio da legalidade, visavam impedir o exercício arbitrário do poder. Esta coincidência fez com que os direitos humanos de primeira geração, que na formulação jusnaturalista eram tidos como inalienáveis e dados, e por isso independentes de qualquer governo, viessem a ser positivados em declarações de direitos através das emancipações nacionais e dos governos constitucionais delas derivados. Desta coincidência deriva a conjugação dos direitos humanos com a soberania nacional, consoante o modelo da Revolução Francesa.

O modelo da Revolução Francesa realça a existência de pontos de convergência relevantes entre os processos históricos de asserção dos direitos humanos de primeira e segunda geração e os de terceira geração. Com efeito, na interação entre governantes e governados os movimentos de libertação das nacionalidades, assim como o movimento operário e, antes dele, a reivindicação burguesa de eliminação dos privilégios hereditários baseados na tradição, refletiam os anseios de participação na vida pública de camadas da população européia historicamente excluídas dos negócios públicos.⁴⁶

Esta identificação dos direitos do homem com os direitos dos povos, na medida em que a nacionalidade era o resultado de uma livre escolha, não trouxe dilemas insuperáveis na compatibilização entre direitos de titularidade individual e direitos de titularidade coletiva. De mais a mais, no século XIX, a identificação acima mencionada baseava-se num pressuposto implícito: o padrão de normalidade era a distribuição, em escala mundial, dos indivíduos entre os Estados de que eram nacionais. Para a vigência histórica

deste padrão e para a continuidade do seu processo de normalização, no século XIX, sem dúvida contribuiu o liberalismo, tanto político quanto econômico.

Com efeito, no plano político o liberalismo trouxe, com a expansão geográfica do constitucionalismo, a positivação crescente das declarações de direitos pelo Direito Público dos Estados nacionais e, concomitantemente, um interesse internacional pela tutela dos direitos humanos, exemplificado pela proibição e repressão ao tráfico de escravos; pelo esforço de proteger os indígenas; pelo início da proteção internacional em matéria de condições de trabalho; pelo surgimento, com a Cruz Vermelha, do Direito Humanitário e, por intervenções das grandes potências, em prol de súditos perseguidos pelos próprios Estados de que eram nacionais.

Esta idéia de delimitação da soberania — e portanto da restrição ao poder arbitrário dos governantes, em função do respeito à dignidade humana — viu-se associada, numa economia capitalista em expansão, ao liberalismo no plano econômico. De fato, o liberalismo econômico favorecia não apenas a livre circulação de mercadorias e capitais, como também a de pessoas. Daí a liberdade de movimentos migratórios e a convergência de interesses entre países de imigração e de emigração, que fizeram com que a afirmação de Jefferson, na sua mensagem presidencial ao Congresso norte-americano de 1801 — “Every man has a right to live somewhere on the earth” — tivesse um sentido concreto.⁴⁷

14. É certo que, no século XIX, a carência de nacionalidade não deixou de se colocar como problema político na Europa, com a emigração que se seguiu aos movimentos revolucionários de 1848 e com grupos como os ciganos e os judeus, que não eram tidos necessariamente como naturais de nenhum país. É por isso que o termo *apátrida* — que significa, para um indivíduo, ser estrangeiro em todos os países e, portanto, carecer de direitos políticos e sofrer restrições em matéria de direitos civis — surge no século XIX, mostrando a existência do problema.⁴⁸ Aliás, a literatura romântica de cunho liberal, por ser sensível a camadas discriminadas da sociedade, entre as quais estavam os judeus e os ciganos, registra o problema, como se vê na peça de 1838 de Domingos José Gonçalves de Magalhães, “Antonio José ou O Poeta e a Inquisição”, que assinala a presença e o início do romantismo no teatro nacional. De fato, esta peça exemplifica a percepção de Hannah Arendt de que, na história das minorias e na formação dos povos *apátridas*, os judeus desempenharam um papel importante.⁴⁹ Este registro ocorre quando Gonçalves de Magalhães coloca, na boca de seu herói cris-

tão-novo, no quinto e último ato, no diálogo de Antonio José com frei Gil, que antecede à fogueira da Inquisição, as seguintes palavras:

Co'o labéo de Judeu, com que me infamam,
Fica minha memória no doada.
A minha geração erra proscrita
Sobre os pontos da terra, e quanto cuida
Achar oculto asilo onde repouse,
Encontra a maldição dos outros homens.⁵⁰

O “errar proscrito” das minorias, no século XIX, de que falava o poeta, não chegou a afetar, em função de seu número, o padrão de normalidade do sistema interestatal, que era o da distribuição regular em escala mundial dos indivíduos entre Estados de que eram nacionais. O término da I Guerra Mundial, no entanto, modificou radicalmente este padrão com o aparecimento, em escala numericamente inédita, de pessoas que não eram bem-vindas a lugar algum e que não podiam ser assimiladas em parte alguma. Estas *displaced persons*, observa Hannah Arendt, converteram-se no *refúgio da terra*, pois ao perderem os seus lares, a sua cidadania e os seus direitos viram-se expulsos da trindade Estado-Povo-Território. Por isso passaram a ser gente deslocada no âmbito de um sistema interestatal, baseado no princípio das nacionalidades. Esta é uma das origens do totalitarismo no sentido arendtiano, de eventos que iluminam como foi possível a conversão de um grande número de seres humanos em pessoas explicitamente supérfluas e incômodas no plano mundial. É este processo ligado — como observa Raymond Aron na sua análise de *The Origins of Totalitarianism* — à dissociação entre os dois componentes do movimento liberal, os direitos do homem e os direitos das nações à independência estatal, que passo a examinar.⁵¹ Este exame visa a esclarecer como o tema da ruptura tornou inadequada, com a crise dos direitos humanos, a lógica da razoabilidade do paradigma da Filosofia do Direito.

(E) *O princípio das nacionalidades e a crise dos direitos humanos depois da I Guerra Mundial — os deslocados no mundo e a ruptura*

15. Para o surgimento das *displaced persons* no primeiro pós-guerra, sem dúvida contribuíram fatores econômicos como a inflação, que corroeu o padrão monetário, e o *desemprego*, que alcançou

proporções fabulosas ao vitimar classes e nações, pois os Estados reagiram a esta situação por meio de políticas nacionalistas que davam preferência ao protecionismo e à autarquia. Estas políticas dificultaram sobremaneira a livre circulação de pessoas,⁵² que se viram tolhidas na sua liberdade de movimento.

Um fato esclarecedor dessa afirmação é a disseminação dos passaportes e dos vistos, que antes da I Guerra Mundial não eram usuais, pois as pessoas cruzavam as fronteiras e permaneciam em países de que não eram nacionais sem maiores problemas de documentação. Escreve a propósito Hannah Arendt, ao discutir o direito do cidadão ao passaporte e ao criticar a distinção entre viagens autorizadas ou não-autorizadas a certos países, pelos Estados Unidos, em carta de 18 de dezembro de 1967 a James Cogley, do Center for the Study of Democratic Institutions, a respeito de pesquisa sobre a Constituição Americana: "The question itself, of course, could not possibly come up earlier because prior to 1914, no country except Czarist Russia was in the habit of issuing passports. At that time, it was clearly felt that passports were a mark of tyrannical government. Things have changed since and passports are demanded by all countries chiefly as a mean of identification".⁵³

É, aliás, esta referência à Rússia que explica o provérbio russo: "Um homem sem passaporte é um homem sem alma", com o qual Daniel Turack inicia a sua cuidadosa monografia sobre o passaporte no Direito Internacional, onde aponta que se o passaporte foi visto como expressão da tirania, hoje é tido como documento de identidade e prova, ainda que não conclusiva, de nacionalidade.⁵⁴

As restrições à livre circulação das pessoas dificultaram migrações maciças como as do século XIX, bem como a possibilidade de as pessoas adquirirem uma nova nacionalidade por naturalização, o que acabou tornando bem menos efetivo, no plano dos fatos, o direito humano afirmado por Jefferson em 1801, qual seja, o de que todo homem tem o direito de viver em algum lugar da terra. De fato, a estes fatores acima mencionados cabe acrescentar os problemas políticos derivados da aplicação do princípio das nacionalidades como critério da criação de novos Estados, com a derrocada do império austro-húngaro, do império czarista e do império otomano.

Observa neste sentido Hannah Arendt que a solidariedade na opressão, existente nos cinturões das populações mistas, desapareceu com a extinção das burocracias despóticas e centralizadoras dos

impérios multinacionais, o que fez aflorar, por exemplo, os conflitos dos eslovacos com os checos, dos croatas com os sérvios, dos ucranianos com os poloneses. Conflitos deste tipo contribuíram para minar o sistema interestatal europeu que resultou da I Guerra Mundial, pois realçaram, com a derrocada dos impérios, as dificuldades de afirmação da soberania. Estas dificuldades verificaram-se no plano externo para os novos Estados então criados, em virtude dos dados modernos do poder, que exigem escala para viabilizar politicamente uma nação (é o tema da balcanização); e também, no plano interno, por força dos problemas concretos de denotação do conceito de nação provenientes do surgimento das minorias e dos refugiados, que colocaram a hipótese da falta de coincidência entre o Estado e a nação.

É certo, no que tange aos problemas concretos de denotação do conceito de nação, que sempre existiram minorias e que a estipulação de garantias internacionais, para a tutela de seus direitos, é uma prática que se iniciou, na Europa, no século XVII, na esfera da religião, para assegurar aos protestantes a liberdade de opção religiosa. No entanto, depois da I Guerra Mundial surgiu algo novo neste plano, como resultado da escala numérica e do impacto crescente da nacionalidade como critério de legitimidade interna e internacional.

Uma parte da explicação para o problema da escala e da legitimidade, que ensejou direitos humanos de titularidade coletiva, encontra-se na criação de novos Estados com base no princípio das nacionalidades em território dos antigos impérios multinacionais, nos quais residiam grupos humanos que não se viam como homogêneos, ou seja, de uma única nacionalidade, por força de suas especificidades lingüísticas, étnicas e religiosas. Para administrar esta nova situação, fruto da secessão e da sucessão de Estados, ganhou ímpeto o tema da proteção internacional das minorias por meio de direitos voltados para os indivíduos, mas com uma vocação para adquirir titularidade coletiva. Esta proteção foi obra dos tratados celebrados com a Polônia, a Checoslováquia, o Estado servo-croata-esloveno, a Romênia, a Grécia, a Áustria, a Bulgária, a Hungria e a Turquia, que previam, em cláusulas de igual teor, um tratamento justo e igualitário de suas minorias raciais, lingüísticas e religiosas. Posteriormente, como condição de sua admissão na Sociedade das Nações, compromissos semelhantes, de natureza obrigatória, foram assumidos pela Albânia, Estônia, Letônia, Lituânia e Iraque.

Os compromissos assumidos envolviam uma obrigação dos Es-

tados de garantirem esta proteção por meio de suas legislações internas, cabendo à Sociedade das Nações supervisionar a efetividade dos direitos conferidos às minorias nos instrumentos internacionais acima mencionados. Estes direitos previam a tutela da vida; a liberdade, inclusive, de opção religiosa; a aquisição, por certos habitantes, da nacionalidade do Estado-contratante; a igualdade dos nacionais perante a lei em matéria de direitos políticos e civis e o uso de suas respectivas línguas; a liberdade de associação para propósitos religiosos e educacionais; e a obrigação dos Estados contratantes de oferecerem educação primária na língua das minorias em distritos nos quais constituíam parcela ponderável da população. A tutela destes direitos de vocação coletiva, com o objetivo de criar um *modus vivendi* aceitável entre grupos humanos diferentes, no território e na jurisdição dos Estados que assumiram estas obrigações, deu margem a uma importante ação política da Sociedade das Nações, sobretudo através dos "Comitês das Minorias", que se espelhou inclusive, no plano jurídico, em importantes decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional.

Havia, no entanto, uma tensão latente no sistema criado para a proteção das minorias no âmbito da Sociedade das Nações, que resultava do potencial de conflito entre os direitos coletivos das minorias e o da nação dentro da qual estavam inseridos. De fato, para os representantes das grandes potências que conceberam os princípios da ordem mundial interestatal com base no princípio das nacionalidades, a proteção das minorias tinha sido uma solução política que objetivava criar um *modus vivendi* muito necessário naquele momento para evitar conflitos entre populações mistas. Estava claro, no entanto, para eles, que no âmbito dos Estados-nacionais, mais cedo ou mais tarde, as minorias teriam que ser ou assimiladas ou eliminadas, pois enquanto coletividades com identidade própria elas colocavam no território estatal o problema da tensão entre Estado e nação, inclusive por força do alcance transnacional de movimentos como o pangermanismo, que posteriormente serviu à política anexionista do III Reich.

Com efeito, na perspectiva *ex parte principis*, que é a da governabilidade, como disse Afrânio de Mello Franco na Sociedade das Nações, num pronunciamento que veio a ser a única citação de autor brasileiro em *The Origins of Totalitarianism* — e que refletia a perspectiva dos países latino-americanos, que se propunham a assimilar os seus imigrantes: "Quer me parecer óbvio que aqueles que conceberam este sistema de proteção não sonhavam criar dentro de certos Estados um grupo de habitantes que se consideraria perma-

nentemente estranho à organização geral do país". Não era esta, evidentemente, a perspectiva *ex parte populi* daqueles que insistiam na liberdade de afirmar a sua identidade nacional enquanto alemães, húngaros, ucranianos, judeus, etc. E por essa razão que o regime de proteção internacional das minorias acabou sucumbindo às pressões internas e externas sobre ele exercidas e se viu formalmente extinto com a extinção da Sociedade das Nações.⁵⁵

As minorias, enquanto perdurou o sistema da Sociedade das Nações, apesar de deslocadas num sistema interestatal baseado no princípio das nacionalidades, eram povos sem Estado apenas parcialmente. Pertenciam a algum corpo político; apenas necessitavam de proteção internacional adicional sob a forma de garantias internacionais. Por isso, eram integradas por seres humanos capazes de direitos e obrigações, aptos, conseqüentemente, enquanto desprivilegiados, a valerem-se dos direitos humanos na interação com os governantes.

Não era esta a situação dos apátridas, cujo número também aumentou extraordinariamente depois da I Guerra Mundial, seja pela anulação da naturalização de estrangeiros pronunciada pelos Estados beligerantes, seja pelo critério do *Heimatrecht* utilizado pelos tratados de Saint-Germain e Trianon para a distribuição dos antigos austro-húngaros entre os Estados sucessores da monarquia dual. O número de apátridas viu-se também multiplicado por uma prática política nova, fruto de atos do Estado no exercício da competência soberana em matéria de emigração, naturalização e nacionalidade. Refiro-me ao cancelamento em massa da nacionalidade por motivos políticos, caminho inaugurado pelo governo soviético em 1921 em relação aos russos que viviam no estrangeiro sem passaportes das novas autoridades, ou que tinham abandonado a Rússia depois da Revolução sem autorização do governo soviético. Este caminho foi a seguir percorrido pelo nazismo, que promoveu desnacionalizações maciças, iniciadas por lei de 14 de julho de 1933, alcançando grande número de judeus e de imigrados políticos residentes fora do Reich.⁵⁶

Observa neste sentido Hannah Arendt, ao registrar como a privação da nacionalidade foi utilizada com parcimônia por Mussolini, que uma importante medida do grau de infecção totalitária de um governo é o uso maior ou menor do direito soberano de desnacionalização.⁵⁷ De fato, uma coisa é a perda individual da nacionalidade, seja por atos de traição ou deserção em tempo de guerra, judicialmente comprovados, seja por força de atos praticados voluntariamente por pessoas, como servir nas forças armadas de um país es-

trangeiro, aceitar comissão ou emprego de governo estrangeiro e, portanto, exercer função pública em outro país, ou adquirir outra nacionalidade. Legislação que enseja medidas deste tipo insere-se na lógica do razoável e tem como explicação atos contrários ao interesse nacional numa situação excepcional como a guerra, ou então o esforço de evitar as tensões internacionais que resultam da dupla nacionalidade, que contraria o princípio da unidade de nacionalidade. A dupla nacionalidade é presumível quando uma pessoa pratica atos que indicam vinculação de cidadania com um país estrangeiro, daí advindo a perda da condição de nacional por incompatibilidade. Impede-se, por outro lado, a dupla nacionalidade quando um indivíduo, ao adquirir voluntariamente outra nacionalidade, perde a sua nacionalidade anterior. É a perda da condição de nacional por mudança.

A perda da condição de nacional por *mudança* ou *incompatibilidade*, fruto de atos deliberados dos indivíduos, não é o caso daqueles que se converteram coletivamente em apátridas, não pelo que fizeram ou pensaram, mas pura e simplesmente porque nasceram e eram membros de uma classe, de uma raça ou de um grupo nacional.⁵⁸ Estas desnacionalizações maciças pronunciadas pelos regimes soviético e nazista, independentemente da conduta específica das pessoas e no contexto das restrições à livre circulação das pessoas que caracterizaram o primeiro pós-guerra, fizeram com que o problema dos apátridas se tornasse um problema inédito. Herbert W. Briggs explicita a situação nos seguintes termos, com toda a objetividade: "Antes da I Guerra Mundial, o número de apátridas em um determinado país era relativamente pequeno e a possibilidade das pessoas de cruzarem fronteiras sem passaportes ou vistos e permanecerem sem serem molestadas em países de residência provisória tornou o problema da apatridia de interesse internacional relativamente insignificante. Entretanto, as maciças medidas de desnacionalização postas em prática pelos regimes soviético, fascista e nazista, por razões políticas ou raciais, criaram grupos, significativamente grandes, de apátridas e motivaram esforços internacionais para aperfeiçoar o *status* jurídico dos apátridas e eliminar a apatridia automática causada por conflito de leis de nacionalidade".⁵⁹

Estes esforços internacionais mencionados por Briggs, no entanto, tiveram pouco êxito e o seu insucesso teve implicações que acabaram escapando à lógica do razoável em matéria de direitos humanos, tendo em vista o direito soberano dos Estados de expulsarem ou asilarem estrangeiros. Com efeito, o número de pessoas convertidas em apátridas, não pelo que fizeram, mas simplesmente

pelo que eram, tornou pouco exequível o *direito de asilo territorial*, que é um instituto concebido para ser aplicado individualmente. Do asilo beneficia-se um indivíduo por ter sido acusado, em um país, da prática de crimes políticos — de pensamento e de ação — que o Estado que concede o asilo entende que não devã ser punido. O asilo não é, por isso mesmo, um direito para atender a um grande número de pessoas. É um direito para indivíduos e, por essa razão, neste período só serviu para aqueles cuja fama e reputação os diferenciavam das multidões anônimas de apátridas.

Da mesma maneira, não eram aplicáveis à multidão de apátridas os institutos clássicos de *naturalização* e de *repatriação*. De fato, a naturalização encontrava o seu limite em políticas nacionalistas dos Estados pouco favoráveis a movimentos migratórios em larga escala, numa época de crise e desemprego, e a repatriação não era uma solução, pois o país de origem ou não aceitava as *displaced persons* ou, quando aceitava, isto significava entregá-las aos seus piores inimigos. Foi dessa maneira que as *displaced persons* tornaram-se o refugio da terra, pois nem o país de origem nem qualquer outro os aceitavam, passando estes refugiados a dever suas vidas não ao Direito, mas à caridade.⁶⁰

Daí a impossibilidade destes desprivilegiados recorrerem aos direitos humanos. Foi esta situação que deu início à ruptura, pois trouxe seríssimas conseqüências jurídicas num contexto que veio a se caracterizar pela mudança do padrão de normalidade do sistema interestatal até então vigente, que se baseava no pressuposto da distribuição regular dos indivíduos entre os Estados de que eram nacionais.

De fato, era e continua sendo tido como pressuposto de uma ordem mundial, caracterizada pela distribuição individual do poder entre os Estados no plano internacional, que o território e a nacionalidade são assuntos que, *ratione materiae*, integram o objeto do Direito Internacional Público. Este aspecto necessário de objeto resulta de uma relação de complementaridade lógica, pois assim como o Direito Internacional Público, ao tratar da disciplina jurídica do território, reparte legalmente o espaço físico da terra, ao tratar da nacionalidade reparte legalmente a população mundial.⁶¹ Ora, foi precisamente esta incapacidade de repartir juridicamente o elemento demográfico um dos aspectos da ruptura, que colocou em questão a normalidade e com ela a razoabilidade do paradigma da Filosofia do Direito, na análise arendtiana da crise dos direitos humanos, como buscarei explicitar, a seguir, no próximo capítulo.

CAPÍTULO V

OS DIREITOS HUMANOS COMO CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE

A cidadania como o direito a ter direitos

(A) *O vínculo entre os direitos humanos
e o "status civitatis"*

1. As realidades das *displaced persons*, discutidas no capítulo anterior, colocaram na ordem do dia um problema fundamental para a Filosofia do Direito: o de examinar em que medida existe a possibilidade da asserção dos direitos humanos independentemente do *status civitatis*, pois os apátridas ensejaram a verificação de que os direitos do homem enquanto tais são inúteis, mesmo quando juridicamente tutelados, na medida em que surgem grandes massas privadas de cidadania e, por isso, destituídas do princípio da legalidade.

O drama dos apátridas proposto pela análise arendtiana não é, portanto, apenas o de terem, enquanto apátridas, perdido sua casa, vale dizer, o tecido social em que nasceram e no qual estabeleceram um lugar no mundo. Esta calamidade não é nova; o novo foi a impossibilidade de encontrar uma nova casa — um novo tecido social. Essa impossibilidade não se colocou como um problema de espaço, mas sim de organização política. O apátrida não acha um lugar na família das nações. Ele perde, dessa maneira, em primeiro lugar o seu elemento de conexão básico com o Direito Internacional Público, que é a nacionalidade, pois o nexa tradicional entre o indivíduo e o Direito das Gentes estabelece-se através da nacionalidade, que permite a proteção diplomática, resultante da competência pessoal do Estado em relação aos seus nacionais.

A condição de apátrida provoca igualmente a perda de um elemento de conexão com a ordem jurídica interna dos Estados, que afeta a vida das instituições jurídicas de maneira inédita e nada tem a ver com a clássica distinção entre nacionais e estrangeiros.¹

Com efeito, o apátrida, sem direito à residência ou ao trabalho, vivia permanentemente à margem da lei, transgredindo a ordem jurídica do país em que se encontrava. Sem cometer crimes, estava sempre sujeito a ir para a cadeia, pois a sua mera presença e existência num território nacional constituía uma anomalia. Por isso, a única maneira do apátrida estabelecer um vínculo apropriado com a ordem jurídica nacional era efetivamente cometer um crime. Um crime — por exemplo, um pequeno furto — passava a ser, observa Hannah Arendt, uma forma paradoxal de recuperar certa igualdade humana, pois enquanto criminoso, num estado de direito, mesmo um apátrida via-se tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. "Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durar o julgamento e o pronunciamento de sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra a qual não existem advogados nem apelações."² Em outras palavras, era freqüentando o Código Penal comum a todos que o apátrida se tornava uma pessoa, um sujeito dotado de direitos e obrigações, recuperando dessa maneira a condição humana.

Desta análise da condição do apátrida Hannah Arendt extraiu a conclusão de que, num mundo como o do século XX, inteiramente organizado politicamente, perder o *status civitatis* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-Povo-Território.

Com efeito, os direitos humanos enquanto conquista histórica e política, ou seja, uma invenção humana, estavam vinculados à solução de problemas de convivência coletiva dentro de uma comunidade política. É por isso que, no âmbito desta, o próprio cerceamento dos direitos humanos por força de lei não significa perder os benefícios da legalidade. É o que ocorre, por exemplo, com o soldado em época de guerra, que vê o seu direito à vida posto em questão; com o condenado por um crime à prisão, que perde o seu direito de ir e vir; com o cidadão que num estado de sítio enfrenta restrições em matéria de liberdade de opinião, de pensamento ou associação. Estas e outras restrições sempre permitem aos desprivilegiados um recurso aos direitos humanos no seu todo, desde que juridicamente tutelados.

Não é esta a situação dos apátridas. Eles não perdem direitos como o direito à vida, à liberdade, à busca da felicidade, ou ainda à igualdade diante da lei por não serem nacionais. De fato, "sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles",³ pois estão

privados de uma comunidade política que os contemple como sujeitos de direito e em relação à qual tenham direitos e deveres.⁴ Os apátridas, ao deixarem de pertencer a qualquer comunidade política, tornam-se supérfluos. O tratamento que recebem dos *Outros* não depende do que façam ou deixem de fazer. São inocentes condenados, destituídos de um lugar no mundo — um lugar que torne as suas opiniões significativas e suas ações efetivas. Não é por acaso que os nazistas iniciaram a perseguição aos judeus privando-os do *status civitatis*, para poder convertê-los em “inimigos objetivos”. Não é também por acaso que o território mais usual dos apátridas, nos anos 30, tenha sido o campo de internamento — o limbo, como foi visto no capítulo III, no qual são recolhidos, mesmo em regimes não-totalitários, os “elementos indesejáveis”.⁵

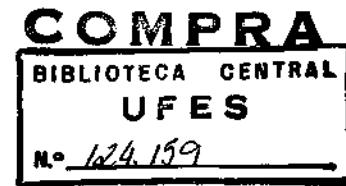
2. Hannah Arendt foi uma refugiada. Viveu na própria pele a condição de apátrida e num artigo de janeiro de 1943, intitulado “We refugees”, escreveu: “Perdemos nossos lares, o que significa a familiaridade da vida quotidiana. Perdemos nossas ocupações, o que significa a confiança de que temos alguma utilidade no mundo. Perdemos nossa língua, o que significa a naturalidade das reações, a simplicidade dos gestos... Aparentemente, ninguém quer saber que a história contemporânea criou um novo tipo de seres humanos — o que é colocado em campos de concentração por seus inimigos, e em campos de internamento por seus amigos”.⁶

Há portanto, na sua discussão da condição dos apátridas e dos refugiados em *The Origins of Totalitarianism*, além da documentação e da cuidadosa pesquisa, tanto uma admirável análise fenomenológica, quanto a autenticidade que confere à sua hermenêutica de significados uma força dramática. É por isso que na sua obra adquirem densidade o conceito jasperiano de situação-limite; o desconcerto diante do mundo no qual o ser se vê jogado — um dos temas-chave do existencialismo —; os dilemas do relacionamento do homem com o mundo que a filosofia da *Existenz* explicita; e a estranheza do mundo que Kafka capta nos seus relatos. Estas categorias de que se vale Hannah Arendt, conforme foi visto no capítulo III, se obnubilam a sua percepção dos comportamentos reiterados e das regularidades, não são, na sua obra, abstrações desvinculadas da realidade. Muito pelo contrário, pois ela partiu do concreto de sua experiência para, a partir de uma perspectiva *ex parte populi*, chegar a uma reflexão sobre o significado mais amplo do que estava acontecendo. Este significado não se restringia à subjetividade da situação dos apátridas. Teve conseqüências objetivas para o princí-

pio da legalidade. Estas conseqüências configuram-se como ruptura mais ampla, seja no que diz respeito a um novo papel desempenhado pela polícia, seja em matéria de dilemas na organização do Estado nacional, como passo, a seguir, a indicar.

3. A situação dos apátridas reforçou de maneira inédita, na Europa Ocidental, o papel da polícia, pois o Estado transferiu a ela o problema daqueles que não tinham vínculo de nacionalidade com a ordem jurídica interna e internacional. Nessa esfera a polícia deixou de ser teoricamente um instrumento da lei voltada para a preservação da paz pública; a proteção dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade; a prevenção e investigação de crimes; e a detenção de criminosos. Transformou-se num poder independente de governos e ministérios, cuja autonomia crescia na proporção direta do influxo de refugiados. Daí a tendência da transformação do Estado de Direito num Estado policial, bastando mencionar, para se sentir o peso da afirmação de Hannah Arendt, que na França, antes da II Guerra Mundial, 10% da população total era constituída de refugiados — pessoas sem Estado. Outra conseqüência do número crescente de apátridas, tanto nos países totalitários, quanto nos não-totalitários, foi o inter-relacionamento transnacional das polícias, o que conduziu, nesta área, a uma política internacional independente da orientação dos governos e de cunho nitidamente policialesco. Criou-se, em outras palavras, no espaço interestatal europeu, “uma forma de ilegalidade, organizada pela polícia, que praticamente resultou na coordenação do mundo livre com a legislação dos países totalitários”.⁷

Foram sérias, igualmente, as conseqüências desta situação para a organização política e jurídica dos Estados por ela atingidas, pois um Estado nacional vê-se corroído por dentro com a ruptura do princípio de isonomia. Sem a igualdade jurídica, observa Hannah Arendt, “que originalmente se destinava a substituir às leis e ordens mais antigas da sociedade feudal, a nação se desenvolve numa massa anárquica de indivíduos super e subprivilegiados. As leis que não são iguais para todos transformam-se em direitos e privilégios; o que contradiz a própria natureza do Estado-Nação. Quanto mais clara é a demonstração de sua incapacidade de tratar os apátridas como ‘pessoas legais’, e quanto mais extenso é o domínio arbitrário do decreto policial, mais difícil é para os Estados resistir à tentação de privar todos os cidadãos da condição legal e dominá-los com uma polícia onipotente”.⁸



(B) *Os direitos humanos como construção da igualdade e a cidadania como o direito a ter direitos na visão de Hannah Arendt — implicações jusfilosóficas*

4. Desta reflexão sobre a fundamental importância do princípio de isonomia como critério de organização do Estado-nação, e de sua análise da condição dos apátridas, Hannah Arendt extrai a sua conclusão básica sobre os direitos humanos. Não é verdade que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, como afirma o art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, na esteira da Declaração de Virgínia de 1776 (artigo 1.º), ou da Declaração Francesa de 1789 (art. 1.º). Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um *dado* — ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com os seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade.

De fato, a asserção de que a igualdade é algo inerente à condição humana é mais do que uma abstração destituída de realidade. É uma ilusão facilmente verificável numa situação-limite como a dos refugiados ou dos internados em campos de concentração. Estes se deram conta de que a única dimensão que lhes sobrava era o fato de serem humanos. Pessoas forçadas a viver fora de um mundo comum, vale dizer, excluídas de um repertório compartilhado de significados que uma comunidade política oferece e que a cidadania garante, vêem-se jogadas na sua *natural givenness*. As *displaced persons*, precisamente por sua falta de relação com um mundo, foram e continuam sendo tentação constante para os assassinos e para as nossas próprias consciências. É como se não existissem. São supérfluas. Esta é a nota básica da ruptura representada pelo totalitarismo, pois a tradição ocidental, baseada no valor da pessoa humana como “valor-fonte” de todos os valores, viu-se frontalmente contestada por uma situação criada no seu próprio bojo — e não por ameaça externa, como no passado os mongóis em relação à Europa — que produziu, de um lado, bárbaros, e de outro forçou milhões

de pessoas, tidas como supérfluas, a voltarem ao estado de natureza.⁹

Esta reflexão de Hannah Arendt — contida basicamente no último capítulo da parte II do *The Origins of Totalitarianism*, em que ela cuida da perplexidade gerada pelo totalitarismo em relação aos direitos humanos — mostra a inadequação da tradição em dois sentidos, como aponta Robert Legros em importante e recente artigo sobre o assunto. O primeiro prende-se ao fato de que, se os direitos humanos pressupõem a cidadania como *meio* para a sua proteção, isso significa que um *valor universal* — ligado à essência da natureza humana para o jusnaturalismo, ou resultante de um processo de objetivação histórica muito razoável para a Filosofia do Direito — repousa na precariedade da *contingência* — a cidadania no âmbito de uma comunidade. Este primeiro paradoxo, que se traduz no problema de um valor universal depender do acidente de uma contingência, já seria por si só algo para vulnerar os paradigmas de reflexão metajurídica. A reflexão arendtiana, no entanto, vai mais além. O que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais — o seu estatuto político — vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos *outros* como um *semelhante*.¹⁰

Hannah Arendt fundamenta o seu ponto de vista sobre os direitos humanos como invenção que exige a cidadania através de uma distinção ontológica que diferencia a esfera do privado da esfera do público. Para ela, a condição básica da ação e do discurso, em contraste com o labor e o trabalho, é o mundo comum da pluralidade humana. Esta tem uma característica ontológica dupla: a igualdade e a diferença. Se os homens não fossem iguais, não poderiam entender-se. Por outro lado, se não fossem diferentes não precisariam nem da palavra, nem da ação para se fazerem entender. Ruidos seriam suficientes para a comunicação de necessidades idênticas e imediatas. É com base nesta dupla característica da pluralidade humana que ela insere a *diferença* na esfera do privado e a *igualdade* na esfera do público.

Na esfera do privado prevalece a lei da diferença e da diferenciação, que assinala a especificidade única de cada indivíduo. Aliás, é justamente com o objetivo de reduzir a uma escala razoável a amplitude destas diferenças e diferenciações individuais que

comunidades políticas altamente desenvolvidas, como a *polis* e o Estado-nação, almejam a homogeneidade étnica e lingüística. Desta maneira, procuram evitar a "estranheza", e com ela a desconfiança que ameaça a igualdade e a democracia em relação àquilo que o homem não pode, atuando, mudar à vontade.

Esta observação de Hannah Arendt, que também está no fecho da Parte II de *The Origins of Totalitarianism*, é um dado a mais que me leva a abrir um parêntesis para concordar com Paolo Flores d'Arcais, quando este afirma que a visão arendtiana do privado e do público pressupõe e requer uma sociedade onde prevaleça um mínimo de igualdade no plano econômico. Com efeito, para que uma sociedade não se veja atolada pela questão social e, portanto, pela lógica da administração, que não dá espaço para a lógica da ação, é preciso que o dever político arendtiano da participação na esfera pública não se inviabilize em virtude da "estranheza" proveniente do hiato que separa a miséria da riqueza, que dificulta o agir conjunto. É neste sentido que a proposta de Hannah Arendt contém um ideal redistributivo necessário para reduzir, na esfera do privado, as diferenças sociais derivadas da desigualdade econômica à escala do razoável e permitir aos homens que não sejam apenas diferentes, mas possam ter condições para distinguir-se na esfera pública.

Hannah Arendt, num dos seus últimos textos, "Public Rights and Private Interests", publicado, aliás, postumamente, aponta claramente para isso ao realçar a premência dos interesses individuais ligados à vida. Observa que os requisitos do processo vital, que são próprios a cada um individualmente, precisam estar atendidos para que o ser humano tenha condições de mover-se e distinguir-se na esfera pública, que é comum a todos.

Na esfera do público, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os Outros e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer, para se alcançar a democracia, o princípio da igualdade. Este não é dado, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições. É o caso da *polis*, que torna os homens iguais por meio da lei — *nomos*. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado fica *privado* de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros. É neste

sentido preciso que para Hannah Arendt a política institui a pluralidade humana e um mundo comum.

Com efeito, os direitos humanos, para Hannah Arendt, resultam da ação. Não derivam nem do comando de Deus nem da natureza individual do homem, porque se assim fosse teriam validade mesmo que existisse um só homem — o que contraria a condição humana, que é a da pluralidade, pois viver é estar entre os homens, *inter homines esse*. Por isso, para Hannah Arendt, aristotelicamente, no plano da *vita activa*, a *polis* antecede a família e a cada um de nós individualmente, e o primeiro direito humano que a *polis* como um artefato humano pode conceder, e do qual derivam todos os demais, é o direito à vida pública, que permite o comando da palavra e da ação. É neste sentido que ela afirma que a liberdade privada — a liberdade dos modernos — é derivativa da liberdade pública — a liberdade dos antigos — pois é a existência desta última que permite a plena afirmação da primeira.¹¹ É por isso também que a organização da igualdade, dentro de uma comunidade política, requer tanto uma análise do fundamento da obrigação político-jurídica, que será empreendida no capítulo VII, quanto um novo exame da distinção entre o público e o privado, que será objeto do capítulo VIII, enquanto condições impeditivas de um novo "estado totalitário de natureza".

Observa neste sentido Hannah Arendt, realçando a importância da cidadania em *The Origins of Totalitarianism*: "para o ser humano que perdeu o seu lugar na comunidade, a condição política na luta do seu tempo e a personalidade legal que transforma num todo consistente as suas ações e uma parte de seu destino, restam apenas aquelas qualidades que geralmente só se podem expressar no âmbito da vida privada, e que necessariamente permanecerão ineptas, simples existência, em qualquer assunto de interesse público. Essa simples existência, isto é, tudo o que nos é misteriosamente dado por nascimento, e que inclui a forma de nosso corpo e os talentos de nossa mente, só pode ser aceito pelo acaso imprevisível da amizade e da simpatia, ou pela grande e incalculável graça do amor que diz, como santo Agostinho, 'Volo ut sis' (quero que sejas), sem poder oferecer qualquer motivo particular para essa suprema e insuperável afirmação".¹²

É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direi-

to humano é o direito a ter direitos. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade. A experiência totalitária é, portanto, comprobatória, no plano empírico, da relevância da cidadania e da liberdade pública enquanto condição de possibilidade, no plano jusfilosófico de asserção da igualdade, uma vez que a sua carência fez com que surgissem milhões de pessoas que haviam perdido seus direitos e que não puderam recuperá-los devido à situação política do mundo, que tornou supérfluos os expulsos da trindade Estado-Povo-Território.

Num mundo único a cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para um indivíduo beneficiar-se do princípio da legalidade, evitando-se dessa maneira o surgimento de um novo "estado totalitário de natureza", não pode ser examinada apenas no âmbito interno de uma comunidade política. Em verdade, só pode ser assegurada por um acordo da *comitas gentium*, pois este primeiro direito humano, como todos os demais que dele derivam, só pode existir, observa Hannah Arendt em artigo publicado em 1949, por meio de acordo e garantias mútuas, pois não se trata de algo dado, mas construído, e este construído, no caso, requer um entendimento de alcance internacional.¹³ A relevância desta conclusão não é hoje contestada em Direito Internacional Público, que *ratione materiae* necessariamente inclui no seu objeto a repartição legal da população mundial, como foi apontado no fecho do capítulo anterior, e que por isso mesmo procura evitar que existam pessoas que, ao se verem expulsas da trindade Estado-Povo-Território, percam os benefícios da legalidade.

(C) *Os direitos humanos como construção da igualdade e a cidadania como o direito a ter direitos na visão de Hannah Arendt — desdobramentos no campo do Direito Internacional Público*

6. No capítulo das garantias da *comitas gentium*, aventadas por Hannah Arendt no seu artigo de 1949, cabe mencionar preliminarmente a substituição, em matéria de direitos humanos, do princípio de proteção diplomática, baseado no exercício de competência pessoal dos Estados, pelo da proteção internacional, que busca tutelar os direitos dos indivíduos qua indivíduos e não enquanto nacionais de qualquer Estado. É por essa razão que as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, posteriores à II Guerra

Mundial, buscam ir além dos interesses específicos dos Estados, criando garantias coletivas. Estas procuram estabelecer obrigações objetivas em matéria de direitos humanos, que são vistas e percebidas como necessárias para a preservação da ordem pública internacional. Daí o esforço do Direito Internacional Público de tutelar os direitos dos "não-cidadãos", no contexto mais amplo do princípio de proteção internacional.¹⁴

Na evolução do Direito Internacional Público Contemporâneo, e em resposta à ruptura totalitária que levou Hannah Arendt à conclusão de que a cidadania é o direito a ter direitos, a primeira garantia coletiva da *comitas gentium* a ser elencada está ligada ao interesse objetivo da ordem internacional de impedir o surgimento em larga escala de apátridas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma, no seu 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", valendo a pena registrar, na passagem da *soft law* das Declarações para a *hard law* das convenções, o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção para a Redução de Apátridas de 1961.

O Estatuto dos Apátridas de 1954, em vigor desde 1958 e que vincula 32 Estados, busca conferir aos destituídos de nacionalidade, nos Estados em que se encontram, os benefícios da legalidade, conferindo-lhes tratamento nacional em certas matérias — como liberdade de religião (art. 4.º), propriedade intelectual e industrial (art. 14), direito de acesso aos tribunais (art. 16), educação pública (art. 22) — e tratamento igual aos estrangeiros em geral em outras matérias, por exemplo: propriedade mobiliária e imobiliária (art. 13), profissões assalariadas (art. 17), profissões liberais (art. 19), alojamento (art. 21), liberdade de circulação (art. 26). O Estatuto limita o arbítrio do Estado, no que tange à expulsão (art. 31) e estimula a assimilação e naturalização dos apátridas (art. 32).

Na Convenção para a Redução dos Apátridas de 1961, que entrou em vigor em 1975 e que vincula quatorze Estados, merecem destaque neste diálogo com as preocupações arendtianas o artigo 9.º, que proíbe a privação individual ou coletiva da nacionalidade por razões de ordem racial, religiosa ou política e o artigo 10.º, que prevê normas, no caso de mudança da soberania territorial, para impedir que, em consequência dessa mudança, pessoas se tornem apátridas. No âmbito regional, no que diz respeito ao direito à nacionalidade, cabe destacar o artigo 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — o Pacto de São José de 1969. Este

acrescenta ao artigo 14 da Declaração Universal de 1948, acima citada, o seguinte dispositivo: toda pessoa tem direito a nacionalidade do Estado em cujo território nasceu, se não tem direito a outra (art. 20-2). Este dispositivo reproduz em essência o previsto nos trabalhos de 1954 da Comissão de Direito Internacional da ONU, mas não acolhido na Convenção de 1961 para a redução de apátridas, que resultou desses trabalhos.¹⁵

7. A plena expulsão da trindade Estado-Povo-Território, que juridicamente exprime-se pela apatridia, tem entre as suas causas, como foi visto no capítulo anterior, a existência de *minorias* e o surgimento de *refugiados*. As minorias e os refugiados não desapareceram no segundo pós-guerra e não são mais um fenômeno predominantemente europeu. Daí a continuidade no tempo e a extensão no espaço dos problemas suscitados pela reflexão arendtiana sobre a ruptura e a importância a eles dada pelo Direito Internacional Público Contemporâneo.

No que diz respeito às *minorias*, que Hannah Arendt examinou dentro da concepção de sistema imaginada pela Sociedade das Nações, como foi visto no capítulo anterior, vale a pena sublinhar a universalização do problema. De fato, aumentaram com o processo de descolonização, particularmente na África e na Ásia, as minorias, ou seja, os grupos numericamente inferiores ao resto da população de um Estado e numa posição não-dominante num país, que possuem objetivamente características étnicas, religiosas ou lingüísticas distintas do resto da população, e que subjetivamente desejam preservar a sua cultura, as suas tradições, a sua religião e a sua língua.

Na África os novos Estados constituíram-se obedecendo às fronteiras dos antigos impérios que separavam comunidades étnicas, lingüísticas e religiosas. Na Ásia inseriram-se, igualmente, na vida da população dos novos Estados relevantes diferenças étnicas, lingüísticas e religiosas.

Diferenças religiosas levaram a Índia colonial inglesa a dividir-se em dois Estados: o Paquistão e a Índia, e as tensões subseqüentes entre os dois Estados à secessão de Bangladesh do Paquistão. Diferenças entre católicos e muçulmanos mantêm viva a guerra civil no Líbano, que ameaça seriamente a sua viabilidade como Estado independente. Diferenças étnicas e lingüísticas levaram à guerra civil na Nigéria em 1967-1970, no bojo da qual dramaticamente desapareceu a proposta de um novo Estado: Biafra. Nos anos 70 o Iraque enfrentou a rebeldia dos curdos, uma minoria lingüísti-

ca e étnica. Chipre enfrenta o problema das relações entre a maioria grega e a minoria turca. Conflitos entre a maioria lingüística inglesa e a minoria lingüística francesa sacudiram o Canadá.

Em síntese: exemplos mais dramáticos, como os acima mencionados, e outros menos incisivos porque melhor encaminhados, não faltam para indicar que o problema continua na ordem do dia. É por essa razão que o direito das minorias, que não foi contemplado nem na Carta das Nações Unidas, nem na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que cuida apenas no seu art. VII do direito à igualdade e à não-discriminação, acabou sendo consagrado posteriormente no art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Estes direitos previstos no art. 27, cujo pré-requisito é a não-discriminação, têm como função promover medidas especiais em prol de minorias étnicas, religiosas e lingüísticas para que estas possam ter a sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião e empregar o seu idioma.

Evidentemente, e no contexto da lógica de um sistema interestatal, estas medidas não podem ser uma ameaça à unidade nacional e à integridade territorial dos Estados, exigência compreensível sobretudo nos novos Estados constituídos no processo de descolonização, que estão numa fase de *nation-building*. É por isso que o direito das minorias consagrado no texto do art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao levar em conta a experiência da Sociedade das Nações, explicitamente não considera estes direitos como direitos de titularidade coletiva. Eles são direitos individuais das pessoas, que integram uma minoria para, em conjunto, exercer em comum com os demais membros do seu grupo, no âmbito interno dos Estados, os direitos correspondentes: (I) às minorias étnicas de usufruírem sua própria cultura através, por exemplo, de uma política educacional apropriada; (II) às minorias religiosas a professarem e praticarem a sua própria religião, por exemplo, administrando com autonomia os assuntos de suas próprias comunidades religiosas; e (III) às minorias lingüísticas de usarem o seu próprio idioma, por exemplo, em assuntos oficiais, perante uma Corte, o Executivo e no Legislativo.¹⁶

A sistemática internacional contemporânea da proteção das minorias tem contribuído, na medida em que é bem-sucedida, para aprimorar a convivência entre grupos populacionais heterogêneos, dentro do âmbito dos Estados, e representa, na linha da reflexão de Hannah Arendt, uma proposta válida, em situações específicas

onde existam minorias, de *construir a igualdade* através da lei e por meio da organização da comunidade política.

8. Os esforços para reduzir a apatridia e para dar aos apátridas os benefícios do princípio da legalidade, assim como o tratamento das minorias, previsto na legislação internacional, sucintamente referidos acima, não foram suficientes para eliminar os problemas das *displaced persons*, que Hannah Arendt colocou como um dos ingredientes da ruptura totalitária. Entre as *displaced persons* estão os refugiados, tanto no sentido mais amplo daqueles que se vêem deslocados por problemas políticos e sociais, quanto no sentido mais preciso do Estatuto dos Refugiados de 1951 e do seu Protocolo Adicional de 1966. Neste sentido mais preciso, a qualificação de qualquer pessoa como refugiado deriva da existência de um fundado receio de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicções políticas. É este fundado receio de perseguição que leva a pessoa a se tornar refugiada ao se encontrar fora do país de que é nacional, impedindo-a também de pedir a proteção do seu país. O Estatuto e o seu Protocolo Adicional prevêm igualmente, nas mesmas condições de perseguição, a condição de refugiado para o apátrida que estiver fora do país em que tinha a sua residência habitual e a ele não possa ou não queira voltar em virtude do receio da perseguição (Estatuto dos Refugiados, 28 de julho de 1951, art. 1-A-(2); Protocolo Adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 16 de dezembro de 1966, art. 1-2).

O Estatuto dos Refugiados de 1951, assim como o início das atividades operacionais da ONU em prol dos refugiados, foram concebidos para resolver ou minorar os problemas derivados do segundo pós-guerra, cujas raízes e conseqüências foram objeto da análise arendtiana. Entretanto, a importância da questão dos refugiados palestinos ensejou a criação da UNRWA (United Nations Relief and Work Agency for Palestine Refugees), e o contínuo afluxo de refugiados em todas as partes do mundo levou à criação, em 1951, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Um indicador do alcance e da importância crescente do problema é a ampliação *ratione personae* das tarefas do Comissariado, pois quando as suas atividades tiveram início, estimava-se o número de refugiados em 1,5 milhão de pessoas. Atualmente, calcula-se que cerca de 10 milhões de pessoas estão na condição de refugiados. Daí a razão de ser do Protocolo Adicional de 1966, que, levando em conta novas situações dos refugiados desde a celebração do Estatuto de 1951, buscou estender no tempo e no espaço a tutela internacional

sobre eles, não a limitando aos problemas da Europa derivados da II Guerra Mundial.

Os problemas dos refugiados têm portanto peso numérico, chegando em certos países ou regiões a exceder 15% da população total. O problema tem também alcance generalizado. Na África, a persistência de tensões raciais e de conflitos políticos, a guerra civil no Chad, os conflitos entre a Etiópia e a Somália, levaram, *inter alia*, em 1981, a mais de 6,5 milhões de refugiados. No Sudeste da Ásia, depois do término da Guerra do Vietnã e por força das características dos regimes do Vietnã, do Laos e do Cambodja, a Tailândia se viu a braços com um grande número de refugiados provenientes daqueles países. Os eventos do Sudeste da Ásia provocaram também o aparecimento dos "boat people": refugiados dos anos 70, que se viram e se vêem submetidos a ataques de pirataria nos mares em que flutuam à procura de asilo. Esta ameaça à segurança de refugiados que o Alto Comissariado para Refugiados da ONU vem procurando coibir, por meio de uma cooperação com o programa de antipirataria do Governo da Tailândia, tem recebido contribuições financeiras de diversos países.

O problema dos refugiados palestinos — um contingente hoje de cerca de 1,9 milhão de pessoas — continua pendente, contribuindo para exacerbar as tensões no Oriente Médio. A invasão soviética no Afeganistão acelerou o êxodo do país, fazendo do Paquistão o primeiro asilo para os afeganes, que atualmente consituem o maior grupo nacional de refugiados no mundo, da ordem de 2,5 a 3 milhões.

Na Europa, a União Soviética e os países da Europa Oriental são fontes de refugiados que buscam asilo em outros Estados europeus, nos Estados Unidos e em Israel.

Na América Latina a Revolução Cubana deu origem, desde 1959, a mais de um milhão de refugiados; o regime de Duvalier, no Haiti, levou cerca de 12% dos haitianos a viverem fora de seu país; o Chile de Pinochet fez com que cerca de 80 000 chilenos se refugiassem no exterior; a Argentina do regime militar provocou a diáspora de cerca de 300 000 pessoas.

Atualmente, o foco principal do problema dos refugiados na América Latina concentra-se na América Central. Em El Salvador a violência interna, desde o início dos anos 80, desenraizou cerca de um quarto da população total. Na Guatemala problemas políticos levaram a um êxodo para o México, onde se avalia que estão entre 165 000 e 400 000 salvadorenhos e guatemaltecos. O regime sandinista da Nicarágua provocou igualmente um fluxo de refugiados,

dos quais a Costa Rica, tradicional país de primeiro asilo na América Central, abriga atualmente cerca de 100 000. Cerca de 70 000 refugiados da Nicarágua, El Salvador e Guatemala encontram-se em Honduras. É por essa razão que o problema dos refugiados constitui item prioritário na agenda de negociação da paz na América Central.¹⁷

Em conclusão: o problema colocado por Hannah Arendt continua, conforme se verifica, na ordem do dia, pois a existência de seres humanos sem lugar contribui para a persistência da situação em que o homem pode ser visto como supérfluo. De fato, expressivo número de refugiados permanece deslocado no mundo, pois: (I) existem sérios obstáculos em muitas partes à sua repatriação voluntária; (II) o país de primeiro asilo — o do asilo temporário —, muito freqüentemente, como foi visto acima, é subdesenvolvido e tem limitada capacidade econômica para transformar refugiados em imigrantes; e (III) é difícil encontrar países que absorvam refugiados em virtude dos problemas de toda natureza que têm hoje em dia os Estados para receberem novas e significativas correntes migratórias.

É certo que a situação atual é melhor do que a prevalecente no período analisado por Hannah Arendt, pois uma das conseqüências da ruptura, em matéria de refugiados, por força das garantias da *comitas gentium* por ela sugeridas, é a da consolidação, no Direito Internacional Público, do princípio de *non-refoulement* — vale dizer: a não expulsão ou devolução obrigatória de um refugiado a qualquer Estado no qual possa ser objeto de perseguição (Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1967 sobre Asilo Territorial — Resolução 2312 (XXII), art. 3-1). É por essa razão que nas palavras do Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados: "States have continued to grant asylum to refugees who flee from persecution and other threats or danger". Entretanto, continua ele no mesmo trabalho, datado de agosto de 1987, submetido à Assembléia Geral: "a substantial portion of those in need of protection today obtain only temporary asylum and find it increasingly difficult to benefit from a durable solution".¹⁸ Daí; aliás, uma das razões da proposta apresentada pela Dinamarca, visando regionalizar a solução do problema, pela responsabilidade que cada região do mundo assumiria pela integração dos refugiados dela provenientes. Tudo isso confirma amplamente a atualidade da reflexão arendtiana, sugerindo também o interesse num exame de como veio a ter um impacto direto e exemplar *dentro* de uma comunidade política. Foi o que ocorreu nos Estados Unidos quando a Suprema

Corte consagrou juridicamente a tese da cidadania como o direito a ter direitos.

(D) *Os direitos humanos como construção da igualdade e a cidadania como o direito a ter direitos na visão de Hannah Arendt — desdobramentos no campo do Direito Constitucional*

9. A contribuição de Hannah Arendt para a ampliação dos horizontes do Direito norte-americano em função dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo em matéria de direitos humanos foi rastreado por Stephen J. Whitfield, no seu livro de 1980: *Into the Dark — Hannah Arendt and Totalitarianism*.¹⁹ Whitfield mostra como ela marcou o pensamento de Stephen J. Pollak no seu artigo de 1955 sobre o "Expatriation Act" de 1954. Com base em Hannah Arendt, Pollak discute o significado mais amplo do "Expatriation Act" que, no contexto do anticomunismo prevalecente nos EUA, contemplava a desnacionalização de indivíduos como pena para a subversão. E argumenta, num primeiro momento, em termos do que pode ser considerado deontologia, que a criação de apátridas por condenações criminais não passa pelo teste de razoabilidade, característico da legislação que busca evitar o conflito positivo de nacionalidade.

Com efeito, legislação que procure eliminar a dupla nacionalidade insere-se na lógica do razoável, pois não só não tem intuítos penais como visa evitar tensões internacionais, não ensejando, além do mais, o apátrida, pois a sua conseqüência é fazer com que um indivíduo perca o privilégio de uma dupla nacionalidade. Não era este o espírito do "Expatriation Act" de 1954, que tinha função punitiva e procurava resolver um problema interno de eventual subversão, dotando o governo de sanções para o combate ao comunismo nos EUA através de legislação que permitiria ao Judiciário condenar um cidadão norte-americano à pena da perda de sua nacionalidade.

Pollak dá seqüência aos seus argumentos examinando a constitucionalidade do "Expatriation Act" de 1954 em dois planos. No primeiro, que diz respeito à competência do Congresso norte-americano de promulgar legislação que pode privar um norte-americano de sua nacionalidade, ele responde afirmativamente. A sua conclusão baseia-se nos precedentes judiciais que desde Marshall construíram a interpretação da "necessary and proper clause" da Cons-

tuição norte-americana (Secção VIII-18), como outorga de poder ao Legislativo para editar leis, e considerando como apropriados legalmente todos os meios que, não sendo proibidos, são consistentes com a letra e o espírito da Constituição.

Num segundo plano, Pollak examina a 8.ª Emenda à Constituição norte-americana, que proíbe "cruel and unusual punishment", indicando preliminarmente que o sentido de "unusual" é o do desconhecido e obsoleto, e o de "cruel" traduz-se na destruição desnecessária e desproporcional de valores humanos, como é o caso da tortura. A seguir, depois de evidenciar como a cidadania norte-americana é um valor positivo, ele argumenta, com base em Hannah Arendt, que a perda da nacionalidade representa uma privação do direito a ter direitos. Por isso afirma que, no século XX, depois da constatação do que significou o totalitarismo, a perda da nacionalidade como sanção constitui um "cruel and unusual punishment". Daí, a partir da tradição constitucional norte-americana, que interpreta a 8.ª Emenda como limitação ao poder de punir, concluiu ele pela inconstitucionalidade do "Expatriation Act" de 1954.²⁰

A reflexão de Pollak marcou o voto minoritário discordante do *Chief Justice* Warren, da Suprema Corte norte-americana, voto este acompanhado pelos ministros Black e Douglas — no caso *Perez v. Brownell* de 1958. No seu voto Warren afirma: "A cidadania é o direito básico do homem, uma vez que é nada menos do que o direito a ter direitos. Tire este bem inestimável e restará um apátrida, humilhado e degradado aos olhos de seus compatriotas. Ele não tem direito à proteção jurídica de nenhuma nação, e nenhuma nação asseverará direitos em seu nome. Sua própria existência está na dependência do Estado em cujas fronteiras ele estiver. Nesse país o expatriado irá presumivelmente gozar, quando muito, apenas direitos limitados e privilégios de estrangeiros, e, como o estrangeiro, estará inclusive sujeito à deportação e, desse modo, privado do direito de afirmar quaisquer direitos".²¹

O ponto de vista de Warren acabou sendo vitorioso em *Trop v. Dulles*, também decidido em 1958. No seu voto, subscrito pelos ministros Black, Douglas e Whittaker, Warren afirma: "A cidadania não é uma licença que expira com a má conduta", observando que: "A cidadania não se perde a cada vez que um dever de cidadania é esquivado. E a privação da cidadania não é uma arma que o governo pode usar para expressar seu descontentamento com a conduta de um cidadão, por mais repreensível que esta conduta possa ser", para mais adiante, depois de se referir a Pollak, escrever:

"Nós entendemos, como entendeu o Juiz-presidente Clark na instância inferior, que o uso da desnacionalização enquanto pena é proibido pela 8.ª Emenda. Podem não estar envolvidos maus-tratos físicos ou tortura grave. Há, em vez disso, a destruição total do *status* do indivíduo na sociedade organizada. É uma forma de pena mais grave do que a tortura, pois destrói para o indivíduo a existência política que demorou séculos para ser desenvolvida. A pena despoja o cidadão de seu *status* na comunidade política nacional e internacional. Sua própria existência está na dependência do Estado no qual ele se encontrar. Ao mesmo tempo em que qualquer país pode outorgar-lhe alguns direitos, e presumivelmente enquanto ele permanecer nesse país gozará os direitos limitados de um estrangeiro, nenhum país precisa agir assim, porque ele é um apátrida. De mais a mais, sua fruição, ainda que de direitos limitados de um estrangeiro, pode ser cancelada a qualquer momento por força de deportação. Em resumo, o expatriado perdeu o direito a ter direitos.

"Esta pena ofende os princípios fundamentais que a Constituição sustenta. Ela subordina o indivíduo a um destino de sempre crescente medo e angústia. Ele não sabe qual discriminação pode ser contra ele estabelecida, quais proibições podem contra ele ser dirigidas, e quando e por que motivo sua existência em sua pátria pode ser terminada. Ele pode estar sujeito à expulsão, um fato universalmente repudiado pela comunidade internacional de democracias. Não é resposta sugerir que todas as conseqüências desastrosas deste destino poderão não ser aplicadas a um apátrida. A ameaça torna a pena detestável".²²

O direito a ter direitos, na jurisprudência norte-americana, foi também consagrado no caso *Kennedy v. Mendoza-Martinez — Rusk v. Cort*, decidido em 1963. Neste caso, o *Justice* Goldberg, discutindo a situação de Cort, que como expatriado tornar-se-ia apátrida, cita diretamente Hannah Arendt: "A calamidade não é a perda de direitos específicos, portanto, mas a perda de uma comunidade desejosa e capaz de garantir quaisquer direitos que sejam***. Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (1951), 294. O apátrida pode terminar jogado de nação para nação, nenhuma sendo obrigada a recebê-lo, ou, no caso Cort, pode receber o dúbio abrigo de um regime comunista, carecedor das liberdades essenciais, preciosas à cidadania americana".²³

10. A reflexão de Hannah Arendt sobre o direito a ter direitos é oportuna para uma sugestão *de lege ferenda* em relação ao Direito Brasileiro, que admite a perda da nacionalidade como pena. A perda/punição foi prevista na Constituição do Império para o bani-

do por sentença (art. 7.º, § 3.º). O banimento como pena foi abolido com a República e a Constituição de 1891 não contemplava a perda da nacionalidade como punição (cf. art. 71 da Constituição de 1891). Entretanto, a Constituição de 1934 reintroduziu a perda da nacionalidade como punição para o naturalizado que viesse a exercer atividade social ou política nociva ao interesse nacional (art. 107). A Carta de 1937 manteve a perda/punição (art. 116), eliminando a garantia constitucional de um processo judicial, com ampla defesa, em processo de cancelamento de naturalização, previsto na Constituição de 1934. Com efeito, no Estado Novo o cancelamento da naturalização era objeto de processo administrativo no âmbito do Ministério da Justiça. A Constituição de 1946 restabeleceu a garantia judicial do processo de cancelamento de naturalização (art. 130-III), garantia essa que se manteve na Constituição de 1967 (art. 141-III) e na Emenda Constitucional de 1969 (art. 146-III).²⁴

A perda da nacionalidade prevista na tradição constitucional brasileira, que se inicia em 1934, não é uma sanção penal, que para uma tutela adequada dos direitos humanos e de acordo com o princípio de legalidade exigiria conduta delituosa previamente estabelecida por lei. É uma sanção política. Sanciona-se o não-cumprimento por naturalizado do dever de patriotismo, independentemente de outras sanções, inclusive as penais, se os atos praticados configurarem delitos.²⁵ Esta sanção política parece-me inaceitável à luz do exposto neste capítulo, pois como disse o *Justice Warren* em *Trop v. Dulles*, acima citado, a cidadania não é uma licença que expira com a má conduta, nem se perde toda vez que um indivíduo se esquivava ao cumprimento dos deveres de cidadania. O cancelamento da nacionalidade não é, conseqüentemente, uma arma que o governo pode empregar para expressar o seu desagrado diante da conduta de um cidadão, por mais repreensível que ela seja. É por essa razão que nessa linha de raciocínio vale a pena evocar o artigo 16 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Este artigo — sem dúvida uma resposta jurídica à experiência da ruptura trazida pelo nazismo — afirma que a nacionalidade alemã não pode ser cassada e que a perda da nacionalidade só pode ocorrer com base numa lei e, contra a vontade do atingido, apenas se o mesmo, em conseqüência disso, não vier a tornar-se apátrida. Este dispositivo constitucional da Alemanha de Bonn contrasta com a Constituição de 1977 da URSS, que no seu artigo 33 delega à lei sobre a cidadania determinar os fundamentos e a ordem em que se outorga e se revoga a cidadania soviética, cabendo ao Presidium do Soviet Supremo decidir sobre os casos de abandono e privação da cidadania

nia da URSS (artigo 121-10). O texto constitucional da URSS chancela portanto a prática soviética da sanção política da cassação da nacionalidade.

É precisamente esta sanção que no plano da política do Direito parece-me inadmissível na tradição constitucional brasileira iniciada em 1934.

Trata-se, com efeito, de uma pena inaceitável — uma punição cruel como a tortura —, ainda mais quando cominada para um comportamento como “atividade contrária ao interesse nacional”, que nos próprios termos do texto constitucional é uma noção de conteúdo variável, não oferecendo aos destinatários da norma elementos para dela inferir um comportamento adequado; por isso, pode dar margem à confusão, à ambigüidade, ao erro e, destarte, ao arbítrio, mesmo no contexto das garantias de um processo judicial.²⁶

É isso aliás o que aponta de forma mais matizada e com outros argumentos o ministro José Francisco Rezek, no seu importante curso sobre a nacionalidade, dado na Academia de Direito Internacional de Haia, ao comentar o já citado artigo 15-2 da Declaração Universal de 1948, que proíbe aos Estados arbitrariamente privar o indivíduo da sua nacionalidade. Observa ele que o problema em matéria de direitos humanos surge quando da perda da nacionalidade resulta a apatridia, configurando-se o arbítrio quando a destituição da nacionalidade é imotivada e provém de um capricho *ex parte principis*. Aceita o ministro Rezek a perda da nacionalidade de naturalizado por deslealdade, mas insiste numa definição legal estrita de deslealdade, observando que os juizes brasileiros enfrentam insuperáveis e compreensíveis dificuldades em caracterizar, em tempo de paz, o que é o exercício de uma atividade contrária ao interesse nacional.²⁷

Pessoalmente, e pelas razões apontadas neste capítulo, vou além, *de lege ferenda*, desta exigência, pois entendo que a tradição constitucional brasileira, iniciada em 1934, ao prever o cancelamento judicial da nacionalidade apenas para o naturalizado, inseriu na norma uma desigualdade arbitrária, pois a eventual “atividade contrária ao interesse nacional” é sancionada com a perda da nacionalidade apenas para o cidadão naturalizado.

A reflexão de Hannah Arendt sobre a cidadania como o direito a ter direitos, provocada pelos problemas concretos gerados pelo “estado de natureza totalitário”, tem como nota, no meu entender, a especificidade da ruptura. Com efeito, não se trata nem da injustiça social, nem da opressão econômica, nem da privação da liberdade, nem de repressão política, que constituem violações dos direi-

tos humanos freqüentes na interação entre governantes e governados em regimes tirânicos, autoritários e ditatoriais. De fato, estas violações não são uma novidade. Elas ocorrem *dentro* de comunidades políticas, exigindo a sua mudança — uma mudança que postula uma adequada distinção entre o público e o privado, como se verá — mas que pode seguir os caminhos do processo de asserção histórica dos direitos humanos como uma “invenção” rastreada acima no capítulo IV.

O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política.²⁸ A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.

CAPÍTULO VI

O GENOCÍDIO COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE

Pluralidade e diversidade da condição humana e sua tutela pelo Direito Internacional Penal

(A) *Genocídio e ruptura: o surgimento do Direito Internacional Penal*

1. O problema dos seres humanos supérfluos que Hannah Arendt coloca, na sua análise da cidadania, está numa esfera que, lógica e praticamente, põe-se acima das nações e dos Estados. Diz respeito ao mundo como um todo e, portanto, à humanidade. É por essa razão que, numa reflexão sobre os direitos humanos, outra importante dimensão que surge num diálogo com o seu pensamento diz respeito ao genocídio como crime contra a humanidade, que assinala a especificidade da ruptura totalitária, que pôs o mundo às avessas.

2. A qualificação técnico-jurídica do genocídio como crime contra a humanidade é uma das conseqüências da ruptura totalitária. A base inicial da tipificação deste crime, em texto internacional, encontra-se no ato constitutivo do Tribunal de Nürenberg, de 8 de agosto de 1945. O Tribunal, criado pelos governos da França, EUA, Grã-Bretanha e URSS, para julgar e punir os grandes criminosos de guerra das potências européias do Eixo, tinha competência e jurisdição, nos termos do art. 6.º do seu estatuto, em relação aos *crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade*. Princípios, jurisdição e competência análogos caracterizaram o Tribunal de Tóquio, criado em 19 de janeiro de 1946, para julgar e punir os grandes criminosos de guerra do Extremo Oriente. Posteriormente, em 13 de fevereiro de 1946, a Assembléia Geral da ONU retomou a definição de crime contra a humanidade formulada pelo estatuto do Tribunal de Nürenberg e, na sua Resolução de 11 de dezembro de 1946, confirmou os princípios reconhecidos pelo Tribunal de Nürenberg e de Tóquio como princípios de Direi-