OS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

Renata Salgado Leme[1]

[1] Advogada, professora das disciplinas Filosofia Jurídica e Direitos Humanos, Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito/USP.

Resumo

O artigo evidencia a importância de se estabelecer as relações e conexões entre o Direito e a História, destacando que o Direito é um produto das relações sociais, econômicas, políticas e culturais. Ressalta que os estatutos de direitos fundamentais surgem a partir do final do século XVII e que, a partir da segunda guerra mundial, nasce uma consciência coletiva universal sobre a necessidade de se proteger e ampliar esses direitos.O texto ainda destaca e comenta alguns documentos de Direitos Humanos editados a partir de então: *Bill of Rights*, Declaração de Direitos da Revolução Francesa, Convenção de Genebra sobre a Escravatura, Declaração Universal de Direitos Humanos, Declaração de Direitos da Criança, Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Convenção sobre a Diversidade Biológica.O estudo também discorre sobre o processo de incorporação destes direitos pelo ordenamento jurídico interno brasileiro. E, finalmente, conclui ser imprescindível a participação dos operadores do direito no processo de construção, ampliação e defesa dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito – História – Sociedade – Economia – Política – Cultura – Direitos Fundamentais – Direitos Humanos – Declaração – Convenção – Positivação – Operadores do Direto.

Resumé

L'article détache l'importance des relations qu'existent entre le droit et L'histoire et, encore, mettre en evidence le droit comme un produit des relations sociales, economiques, politiques et culturelles. Il remarque qui les statuts de droit fondamental commencent à existir au final du XVII siècle et, aprés la deuxième guerre mondiale, naissent une conscience collective universelle afin de protéger et de faire gandir ces droits. Le texte, encore, parle sur les principaux documents de droits humaines édités: *Bill of Rights*, La Declaration des Droites Humaines de la Revolution Française, La Convention de Genéve sur la Esclavage, La Declaration Universelle des Droites Humaines, La Declaration sur l'elimination du préjugé contre la Femme, La Convention Americaine des Droites Humaines, La Convention sur la Diversité Biologique. L'étude discute l'incorporation des droites humaines dans l'ordonnance juridique brésilienne. Finalement, l'article affirme être indispensable la participation des opérateurs du droit dans le processus de construction et de défense des droits humaines.

Mots-clé

Le droit – L'histoire – La société – L'economie – La politique – La culture – Le droit fondamental – Les droits humaines – La Declaration – La Convention – l'ordonnance – Les opérateurs du droit.

I) INTRODUÇÃO: O DIREITO E A HISTÓRIA

O direito relaciona-se com o seu tempo e contexto social, político e econômico.

O direito contemporâneo não é uma mera evolução do direito dos nossos antepassados, mas é fruto de um complexo de relações presentes na sociedade capazes de modificá-lo e transformá-lo. As normas jurídicas são regras de conduta, ditadas pelas necessidades e conveniências sociais, cujo objetivo é disciplinar e orientar o comportamento dos indivíduos, evitando os conflitos e garantindo a harmonia do tecido social.

O direito, portanto, é um fato social, pois tem a sua origem fundada nas inter-relações sociais, constituindo um produto da vida social, daí porque se afirma que sem a sociedade não existiria o direito.

O sociólogo francês *Émile Durkheim*[1] afirma que todo fato é social quando dele se pode extrair as seguintes características:

a) *Exterioridade*: representa a consciência coletiva da comunidade ou sociedade, isto é, apresenta-se exterior em relação às consciências individuais.

b) *Coercitividade*: é impositivo, obrigatório e o seu descumprimento impõe a aplicação de uma sanção (nulidade/penalidade)

c) *Generalidade*: se generaliza porque é social, ou seja, é instituído para ser seguido por todos.

Ademais, o direito cumpre dupla função social, pois tem por finalidade prevenir ou resolver os conflitos, seja pela via voluntária, por meio da ordem de uma autoridade ou, ainda, pela via judicial.

Acrescente-se, ainda, que são diversos os fatores que concorrem para o surgimento e/ou modificação do direito, dentre eles:

a) *Econômicos*: referem-se ao modo de produção, às formas de produção, às relações estabelecidas entre senhores e servos, patrões e empregados etc. que irão influenciar o conteúdo das normas jurídicas.

b) *Políticos*: relacionam-se às relações de poder, e também ao modelo de Estado, ao regime, sistema e forma de governo (Monarquia, República, Aristocracia, Democracia, Presidencialismo, Parlamentarismo etc.). Tudo isso, portanto, irá influenciar o teor das normas jurídicas.

c) *Culturais*: dizem respeito aos costumes, crenças, regras morais, códigos, signos, símbolos, valores etc., isto é, referem-se à herança cultural de um povo. Sendo assim, a cultura também irá penetrar no conteúdo das normas jurídicas.

d) R*eligiosos*: na antiguidade e na idade média, o direito e a religião estavam intimamente relacionados. Nas civilizações antigas, por exemplo, era difícil distinguir a religião do direito. O chefe da família era também chefe religioso e político. Hoje, o oriente ainda estabelece uma relação muito próxima entre o Direito e a Religião. No caso dos muçulmanos, por exemplo, é ainda difícil separar as normas jurídicas das normas religiosas.

A História do Direito, portanto, tem como propósito evidenciar o papel do discurso histórico na compreensão do direito, vincular o direito à sociedade e à política e, sobretudo, destacar a norma jurídica como elemento da vida social e política de cada povo.

Fazendo-se uma digressão temos que o direito dos povos sem escrita refere-se a uma época em que os homens ainda não dominam a escrita, caracterizando-se por ser um direito eminentemente oral. Estes povos são essencialmente nômades, agricultores e ainda não

[1] Durkheim, Émile. As regras do método sociológico; tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. SP: Ed. Nacional, 1978.

reconhecem a propriedade da terra. Aqui o direito e a religião se confundem. O direito antigo remonta a um período em que a humanidade já domina a escrita, as cidades emergem e o comércio já se desenvolve. As relações sociais se baseiam fundamentalmente no princípio do parentesco e a comunidade está segmentada em clãs. A ordem social é imposta pela divindade (politeísmo), o direito é de base costumeira e religiosa e o seu descumprimento gera como principal conseqüência a aplicação de punições severas (as transgressões à norma constituem uma ofensa aos deuses). O Estado é de natureza unitária, ou seja, inexiste divisão no seu interior. Já o direito medieval desenvolve-se especialmente entre os séculos V e XV. Neste período, a sociedade é dividida em *estamentos* sociais e a sua base religiosa é cristã, ainda prevalecendo uma forte confusão entre o Estado e a Igreja. Ademais, surge por volta do século X/XI um sistema econômico, social e político denominado feudalismo, fundado em relações obrigacionais e de fidelidade. Neste período há uma intensa disputa no exercício da autoridade entre o Rei, a Nobreza e o Clero, causando instabilidade do poder. Além disso, coexistem simultaneamente vários sistemas jurídicos: o romano, que remanescente da antiguidade, o visigótico feudal, trazido pelas invasões bárbaras e o canônico, edificado pela Igreja católica, resultando em instabilidade do sistema jurídico-normativo.

Mas a partir dos séculos XVII e XVIII desenha-se o início da Modernidade, com o nascimento de uma consciência moral coletiva acerca do estado de sofrimento, de indigência, de penúria, de miséria, de infelicidade e da impossibilidade de se tolerar tal estado, que nos remete ao início do processo de reconhecimento dos Direitos dos Homens (A Era dos Direitos).[2] Abandona-se a visão *teocêntrica* do mundo e o indivíduo passa a ser a figura central, o ponto de partida para a construção de uma doutrina moral e política, resultante do processo de secularização da ética cristã que sofreram as sociedades ocidentais. O *jusnaturalismo* e o iluminismo são correntes filosóficas que estendem a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana, conferindo ao indivíduo posição central e privilegiada na construção dos direitos.

O conceito de justiça passa a ser orientado pelo princípio de que cada cidadão deve ser tratado de tal modo que possa satisfazer as próprias necessidades com a finalidade de atingir a felicidade.

Três princípios, portanto, passam a ser consagrados:

1) a autonomia dos indivíduos (a faculdade de autogovernar-se e de assegurar a liberdade);
2) a igual dignidade dos indivíduos;
3) a moralidade do indivíduo (o indivíduo é um ser moral e é regido por valores ético-sociais).

Esse movimento dá origem a uma forma de governo em que todos são livres: a Democracia (um homem, um voto).

Institui-se o Estado de Direito, consagrando-se tanto os direitos privados quanto os direitos públicos.

Ocorre, então, a promulgação de uma sucessão de Direitos e Declarações que protegem e garantem os direitos fundamentais do homem, primeiramente, os civis e políticos e, posteriormente, os sociais, econômicos, culturais, trans-individuais etc..

Dentre eles, destacamos os seguintes:

Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) Inglaterra (1689);

Declaração de Direitos Norte Americana (1776);

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789);

[2] Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992.

Convenção de Genebra sobre a Escravatura (1926);
Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
Convenção Americana de Direitos Humanos (1969);
Declaração dos Direitos da Criança (1959) e Convenção sobre os Direitos da Criança (1989);
Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1979);
Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992).

Nos séculos XIX e XX floresce a convicção de que a equalização das condições morais e materiais é pré-requisito para a liberdade dos homens.

Dentro desta concepção, alguns pensadores buscam estabelecer conexões entre os princípios da igualdade e da liberdade. Dentre eles, John Rawls[3], cria uma teoria denominada *Justiça como Eqüidade* (Uma Teoria da Justiça), defendendo que as democracias são capazes de implementar processos de equalização que preservem as liberdades, ao contrário do que acontece nos regimes totalitários.

Busca-se, então, uma maneira de igualar as condições econômicas, culturais e políticas sem inibir a liberdade.

".....as nações de hoje não poderiam impedir que no seu seio as condições não fossem iguais; mas depende delas que a igualdade as conduza à servidão ou à liberdade, às luzes ou à barbárie, à prosperidade ou às misérias". (*Aléxis de Tocqueville – A Democracia na América)*[4].

Para isso, defende a aplicação de dois princípios:

1. cada pessoa terá igual direito à mais extensa liberdade básica compatível com semelhante liberdade para as outras;
2. as desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de tal modo que:
   a) espera-se que sejam vantajosas para todos,
   b) sejam vinculadas a posições e cargos abertos a todos.

Prega o que ele denomina *véu de ignorância,* indagando: *Qual seria o tipo de sociedade que as pessoas construiriam, com base num contrato, se nesse momento desconhecessem completamente as suas posições de classe e as suas vantagens ou desvantagens, derivadas de fatores naturais ou sociais?*

Em outras palavras, o sujeito irá imaginar-se em qualquer posição num sistema de relações sociais, o que o ajudará a definir as piores posições aceitáveis para um membro da sociedade.

Assim, a liberdade para *Rawls*[5] é impensável sem se estabelecer as condições mínimas de igualdade, tanto no âmbito moral quanto material.

Dessa forma, cabe ao Estado promover as condições mínimas de igualdade (formal e material), implementando políticas públicas, elaborando normas jurídicas (direitos) e aplicando-as de modo que consolidem a eqüidade entre os atores sociais, assegurando, a liberdade de todos, a cidadania.

[3] Rouanet, Luiz Paulo. Rawls e o Enigma da Justiça. SP: Unimarco Editora, 2002.

[4] Tocqueville, Aléxis Charles Henri Maurice Clérel de, Democracia na América; tradução de João Miguel Pinto de Albuquerque. SP: Ed. Nacional, 1969.

[5] Rawls, John. Uma Teoria da Justiça. Martins Editora.

II) OS DIREITOS HUMANOS: PROCESSO DE AFIRMAÇÃO

Na transição da idade média para a modernidade o teocentrismo é paulatinamente substituído pelo antropocentrismo; impulsionada pelo iluminismo e pelo renascimento cultural. Além disso, os conflitos dos ordenamentos jurídicos que coexistiam no período medieval também vão sendo substituídos, pouco a pouco, por uma centralização do poder e do exercício da autoridade nas mãos do rei. Surgem as monarquias absolutas na Espanha, em Portugal, na Inglaterra, na Alemanha e na França (extraordinário recrudescimento da concentração de poderes). Nesta época forjou-se a teoria da monarquia absoluta, com *Bodin* e *Hobbes*. E também ocorreu o retorno do direito romano, especialmente, no campo do direito civil.

Mas, no final do século XVII, generaliza-se, na Europa, a consciência dos perigos representados pelo poder absoluto, tanto na realeza dos Stuart, quanto na ditadura republicana, surgindo, assim, um dos primeiros instrumentos jurídicos da modernidade que asseguram as liberdades civis e políticas dos cidadãos: o Bill of Rights.

1. Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), 1689

Durante todo o século XVII a Inglaterra foi agitada por rebeliões e guerras civis, alimentadas por conflitos religiosos. Na tentativa de impor novamente a religião católica, muitos conflitos foram armados para observar qual das filosofias prevaleceria, se a católica ou a protestante.

Após a ditadura de Cromwell, que durou até 1658, a dinastia Stuart, restabelecida no trono, manteve o seu inabalável apego à religião católica.

Carlos II, que reinou até 1865, durante os quatro últimos anos de seu reinado, dispensou a convocação do parlamento para a votação de impostos, graças ao apoio que recebeu pessoalmente de Luis XVI.

Sucedendo Carlos II**,** seu irmão Jaime II suscitou contra si, em pouco tempo, a oposição mortal da nobreza e do alto clero. Convidado por um grupo de sete nobres dos dois partidos políticos (*Whigs* e *Tories*) a assumir o trono da Inglaterra, o Príncipe Guilherme de Orange desembarcou na Inglaterra e Jaime II fugiu para a França. Reunido por sua própria iniciativa, o Parlamento declarou vago o trono da Inglaterra e ofereceu a coroa ao Príncipe Guilherme e à sua mulher Maria Stuart, que professava a religião protestante**.** Os novos soberanos assumiram o poder após aceitarem uma Declaração de Direitos votada pelo Parlamento, a qual passou a constituir uma das Leis Fundamentais do Reino.

O *Bill of Rights* pôs fim ao regime de monarquia absoluta no qual todo poder emana do Rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, o poder de legislar e de criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do parlamento.

O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da separação dos poderes do Estado.

Com o *Bill of Rights* surgiu na Inglaterra a monarquia constitucional, submetida à soberania popular, que teve em *Locke* seu principal teórico e que serviu de inspiração para a formação das democracias liberais da Europa e da América dos séculos XVIII e XIX.

O *Bill of Rights*, enquanto lei fundamental permanece, ainda hoje, como um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido.

Principais disposições: proibição de cobrança de impostos sem autorização do parlamento; proibição de prisão sem culpa formada; direito de petição; proibição de penas inusitadas ou cruéis; proibição de fianças exorbitantes e impostos excessivos; instituição da separação de poderes e declaração de que o parlamento é o órgão encarregado de defender os súditos perante o rei; declaração de que devem ser livres as eleições dos membros do parlamento.

2. A Declaração de Direitos Norte-Americana, 1776

A independência das treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas, primeiramente, sob a forma de uma confederação e, posteriormente, constituídas em estado federal, representou um marco fundamental para a democracia moderna.

A elevação e a instituição de novos impostos, a determinação de que as relações comerciais com as tribos indígenas só poderiam ser feitas por funcionários da coroa e não mais diretamente pelos colonos americanos resultaram em sucessivas revoltas que culminaram com a declaração de independência das colônias.

A importância histórica da declaração de independência está no fato de que este documento representa a emancipação do indivíduo (autonomia individual) perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o *estamento* e as organizações religiosas.

Os *Bill of Rights* norte-americanos são, essencialmente, declarações de direitos individuais: Declaração da Virgínia 1776; Pennsylvania, 1776; Massachusetts, 1780.

O principal precedente das declarações de direitos norte-americanas é o *Bill of Rights* inglês (1689), o seu fulcro filosófico tem origem em Locke e também nos pensamentos de *Montesquieu e Rousseau.*

Principais dispositivos: todos os seres humanos são igualmente livres e independentes; todo poder pertence ao povo e dele deriva; o governo é e deve ser instituído para comum benefício; nenhum indivíduo ou grupo social está autorizado a obter proventos especiais ou privilégios da comunidade; além de consagrar a separação dos poderes; instituir o Tribunal do Júri e assegurar a liberdade de imprensa.

3. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789

A França era ainda um país agrário em fins do século XVIII, todavia, o início da industrialização fortaleceu uma nova classe social, a burguesia, que passou a almejar o poder político e a discutir os privilégios da nobreza. Por outro lado, os camponeses queriam libertar-se das obrigações feudais devidas aos senhores.

A sociedade era dividida em 1º estado (alto clero e baixo clero); 2º estado (nobreza); 3º estado (alta, média e pequena burguesia e povo). O 3º estado arcava com o peso do pagamento dos impostos que sustentavam o rei, o clero e a nobreza.

Os filósofos iluministas denunciavam a espoliação do 3º estado.

A situação social era tão grave (fome, miséria, epidemias etc.) e o nível de insatisfação popular tão grande que o povo foi às ruas com o objetivo de tomar o poder. O primeiro alvo dos revolucionários foi a Bastilha. A queda da Bastilha em 14/07/1789 marca o início do processo revolucionário, pois a prisão política era o símbolo da monarquia francesa.

A revolução representa o atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado.

A Declaração de 1789 foi o primeiro elemento constitucional do novo regime político e foi publicada sem a sanção do rei.

Dessa forma, a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação como poder constituinte; e o rei não passava de poder constituído.

As liberdades individuais alcançaram, nesse primeiro texto revolucionário francês, uma definitiva precisão de contornos.

Principais dispositivos: estabelece iguais direitos para todos os homens; assegura o direito de associação política; a garantia da liberdade; institui que a lei representa a vontade geral; a garantia da liberdade de opinião; no campo penal fixou-se claramente o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei; ficou garantida a propriedade privada contra as expropriações abusivas e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos.

4. A Convenção de Genebra sobre a Escravatura, 1926

Com o término da I Guerra Mundial surge uma organização cuja finalidade é a manutenção da paz no mundo, a Liga das Nações. Foi idealizada em janeiro de 1919 pelas potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial que se reuniram para negociar um acordo de paz. Esta organização foi extinta em 1942 e seus trabalhos foram encampados pela ONU, Organização das Nações Unidas.

A Convenção de Genebra foi um legado da Liga das Nações e surgiu da necessidade dos países já industrializados criarem novos mercados consumidores e de humanizarem as relações entre os Estados depois do confronto da guerra.

A Convenção foi elaborada com apenas 12 artigos, do 1º até o 6º estão prescritas as metas da Convenção e do 7º ao 12º estão contidas as normas sobre o funcionamento e as formalidades da Convenção.

Principais cláusulas: define a escravidão como o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade; define o tráfico de escravos como todo ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo com o propósito de escravizá-lo; como todo ato de aquisição de um escravo com o propósito de vendê-lo ou trocá-lo; como todo ato de cessão, por meio de venda ou troca, de um escravo adquirido para ser vendido ou trocado; assim como em geral todo ato de comércio ou de transporte de escravos; determina a cooperação no combate ao tráfico de escravos; proclama a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas; estabelece um compromisso entre os países signatários para fiscalizar o tráfico marítimo de escravos; abre o precedente de ajuda mútua entre os países signatários; faz uma analogia entre o trabalho forçado e o trabalho escravo; prevê a comunicação do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas sobre as leis e regulamentos que promulgarem para a aplicação da Convenção; prevê que todos os litígios, que possam surgir quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção, serão encaminhados à Corte Internacional de Justiça caso não possam ser resolvidos por negociação direta.

5. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948

As principais razões que motivaram a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos foram as atrocidades cometidas pela Alemanha nazista no período da Segunda Guerra Mundial. A comunidade mundial entendeu que era necessária uma declaração universal que especificasse os direitos individuais, para, assim, dar efeito aos direitos humanos.

Com esse objetivo fundaram a ONU que tinha (e ainda tem) o propósito de promover negociações sobre conflitos internacionais, com o objetivo de evitar as guerras e promover a

paz e a democracia. A Organização das Nações Unidas também buscava fortalecer os direitos humanos, e foi ela que criou a Comissão dos Direitos Humanos que elaborou a Declaração.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos nunca esteve tão difundida como princípio universal de respeito à integridade e dignidade humanas como no momento atual. Infelizmente, esta difusão não pode ser compreendida como sinônimo de *aplicação*, mas simplesmente como um critério de cogitação para que o indivíduo se conscientize de que é detentor de direitos e deveres. Se a humanidade realmente aplicasse os princípios estabelecidos na Carta Universal com a mesma naturalidade com que respira, tal Declaração seria infundada pelo mero fato de que estes princípios seriam naturais e conseqüentes. Porém, a realidade é outra, e os Direitos Humanos necessitam de uma Declaração que os designe e torne os homens cientes de sua existência.

6. Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969

A OEA percebeu a necessidade de se criar uma carta normativa que positivasse os mecanismos de proteção e promoção dos Direitos Humanos e determinasse a organização e a competência do Sistema Interamericano, estabelecendo normas de conduta obrigatórias aos Estados integrantes desta comunidade, para que estes possam assegurar e respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana. Aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, a Convenção conferiu mais efetividade aos instrumentos Interamericanos de direitos humanos.

Com a finalidade de obter a adesão dos Estados à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais, o qual só veio a ser aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988.

A Convenção Americana é um dos instrumentos internacionais de direitos humanos mais extensos da atualidade, sendo assim, destaca-se:

1. Direito à integridade física, psíquica e moral - proíbe a tortura e os tratamentos cruéis, degradantes e desumanos. A pena imposta aos condenados deverá ter o objetivo de recuperação e readaptação social;
2. Direito à indenização por erro judiciário - quando há condenação por sentença transitada em julgada de pessoa inocente;
3. Proteção à família - que inclui a igualdade de direitos entre os cônjuges e entre os filhos, nascidos ou não da relação matrimonial;
4. Direito de circulação e de residência - que consagra, entre outros, liberdade de ir e vir e o direito de asilo, proibindo as expulsões coletivas;
5. Direito à liberdade de pensamento e expressão - que compreende receber e difundir informação e idéias. Proibindo a propaganda referente à guerra e à apologia da discriminação, seja de qual forma estiver revestida.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um documento que institui direitos civis e políticos, já o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve direitos econômicos, culturais e sociais.

7. Declaração dos Direitos da Criança, 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989

O primeiro instrumento específico a surgir com real importância dentro da nova ordem internacional que se estabelecia foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, no ano de

1959. Essa Declaração tornou-se um guia para a atuação, tanto privada como pública, em favor da criança.

Ao afirmar que *"a Humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços"* a Declaração passou a constituir-se, no mínimo, num marco moral para os direitos da criança.

A Declaração é formada por dez princípios básicos que afirmam, em síntese, o direito da criança à proteção especial; a ser-lhe dadas as oportunidades e facilidades necessárias ao pleno desenvolvimento saudável e harmonioso; a utilizar-se dos benefícios relativos à seguridade social, incluindo-se a adequada nutrição, moradia, recreação e serviços médicos; a receber educação e a ser protegida contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração.

A necessidade de conferir força de tratado aos direitos da criança, de forma específica e consolidada, tornou-se cada vez mais premente, tanto que, por ocasião do Ano Internacional da Criança e das comemorações pelos vinte anos da Declaração, em 1979, por iniciativa da delegação da Polônia, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas começou a elaborar um projeto de convenção.

A ampla participação no processo de elaboração do projeto de convenção tornou-o fruto de um intenso trabalho internacional, envolvendo as mais diversas disciplinas científicas e, principalmente, compatibilizando sistemas jurídicos e culturais diversos. Em conseqüência disso, surge um texto normativo cujos parâmetros são flexíveis, ou seja, adaptáveis às diferentes realidades dos Estados Partes e, por isso mesmo, apresenta-se como referência para as políticas legislativas desenvolvidas pelos seus membros.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada por unanimidade pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Tal ato foi um marco em relação aos esforços que se realizam no plano internacional para fortalecer a justiça, a paz e a liberdade em todo o mundo, mediante a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Com a sua adoção pela Assembléia Geral, a Convenção passou a receber assinaturas, a partir de 26 de janeiro de 1990, dia em que sessenta e um países firmaram a intenção de ratificá-la.

Em 02 de setembro de 1990, como demonstração do alto interesse e apoio suscitado em todo o mundo, a Convenção sobre os Direitos da Criança entrou em vigor, relativamente aos primeiros vinte Estados, assumindo um caráter de lei internacional com força vinculante entre os Estados que a ratificaram.

Em face de tamanha aceitação e face a importância histórica da Convenção e dos direitos por ela garantidos, são pertinentes as palavras da Diretora Executiva do UNICEF, Carol Bellamy, ao afirmar que *"... um século que começou com as crianças não tendo virtualmente nenhum direito está terminando com as crianças tendo um poderoso e eficaz instrumento que não apenas reconhece, mas sobretudo protege seus direitos humanos".*

A Convenção tem características próprias, dentre as quais uma das mais importantes é o seu caráter de Lei Internacional, ou seja, sua força obrigacional não é passível de discussão pelos Estados que a ela aderem. O compromisso assumido pelos Estados Partes tem reflexos imediatos na ordem interna de cada Estado, o que confere aos Direitos da Criança uma força até então inédita.

Assim, a Convenção surge como complemento da Declaração, não substituto, tomando os princípios de *jus cogens* dessa última como referência para o estabelecimento de compromissos e obrigações específicas que adquirem caráter coercitivo em relação aos Países que a ratificam.

Verifica-se, pois, a preocupação de se conferir à Convenção um caráter de efetividade imediata. Os Estados-Partes aceitam sujeitar-se a normas que até então tinham um sentido mais moral que obrigacional, comprometendo-se a realizar mudanças administrativas e legislativas no plano interno.

De fato, já em seu preâmbulo a Declaração textualmente afirma seu propósito de reconhecer a necessidade de um sistema de proteção diferenciado, tendo em vista *"que a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento"*.

Ao afirmar os seus dez princípios, a Declaração deixa claro que a criança, em face à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, deve ser detentora de prerrogativas e privilégios relativos à seguridade social, educação, trabalho e convívio e assegurar-lhe meios para que o seu desenvolvimento possa se dar de forma completa e saudável.

O segundo princípio da Declaração define o que é proteção diferenciada, afirmando que a criança deve dispor de oportunidades e serviços para que possa se desenvolver de maneira saudável e normal, no plano físico e intelectual, em condições de liberdade e dignidade, destacando que todos os dispositivos legais criados com esse objetivo tomarão como consideração fundamental o interesse superior da criança.

Esse é o cerne da *"doutrina da proteção integral da criança*", estabelecido já na Declaração e desenvolvido nos instrumentos internacionais que surgiram posteriormente, culminando com a Convenção dos Direitos da Criança.

A Convenção, em seu preâmbulo, faz expressa menção a esses instrumentos internacionais que consolidaram a doutrina que reconhece a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, (a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança; a Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em particular nos Artigos 23 e 24; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em particular no Artigo 10; e os estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança).

Conforme já foi dito, a enorme gama de direitos reconhecidos pela Convenção cria um sistema no qual não existe efetiva proteção sem que se garanta, não um direito específico, mas todos os direitos correlatos.

Por isso a Convenção não menciona em seus dispositivos o termo *"proteção integral da criança"*, mas estabelece efetiva proteção quanto ao direito à vida e ao desenvolvimento (art. 6º); à nacionalidade e à filiação (art. 7º); à não discriminação por motivos raciais, sociais, sexuais, etc. (art. 2ª); à vida familiar (arts. 8º, 20 e 21); à locomoção (art. 10); à própria manifestação em juízo e a um procedimento judiciário especial, fundado no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa (arts. 12 e 40); às liberdades de expressão, pensamento e associação (arts. 13, 14 e 15); à intimidade (art. 16); à religião (art. 30); ao lazer (art. 31); à saúde (art. 24); à previdência social (art. 26); à educação (arts. 28 e 29). Ademais, expressamente determina ser obrigação dos Estados-Partes a proteção da criança contra as drogas (art. 33), o tráfico ilícito de crianças (art. 35) e todas as formas de exploração, seja econômica, trabalhista, sexual, militar etc. (arts. 32, 34, 36, 37 e 38).

Todos esses dispositivos demonstram a proteção integral à criança, sobretudo porque orientados no sentido de buscar o interesse maior da própria criança.

O artigo 27 da Convenção resume tais dispositivos ao afirmar que toda criança tem direito *"a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social"*.

8. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, 1979

Não cabe somente ao Estado a implementação dos direitos; mas também a sociedade civil organizada desempenha um papel importante na luta pela efetivação dos direitos, mediante movimentos sociais, sindicatos, associações, centros de defesa e de educação, conselhos de direitos. É a luta pela efetivação dos direitos humanos que leva esses direitos ao cotidiano das pessoas e determina o alcance que eles terão numa determinada sociedade.

Enquanto conjunto de normas jurídicas, os direitos humanos tornam-se critérios de orientação e de implementação das políticas públicas institucionais nos vários setores. O Estado assume, assim, o compromisso de ser o promotor do conjunto dos direitos fundamentais, tanto do ponto de vista *negativo*, isto é, não interferindo na esfera das liberdades individuais dos cidadãos, quanto do ponto de vista *positivo*, implementando políticas que garantam a efetiva realização desses direitos para todos.

Sem a satisfação de um mínimo de necessidades humanas básicas, isto é, sem a realização dos direitos econômicos e sociais, não é possível o exercício dos direitos civis e políticos. O Estado, portanto, não pode se limitar a garantir os direitos de liberdade, mas deve, também, exercer um papel ativo na implementação dos direitos de igualdade.

Os principais dispositivos deste estatuto são:

Parte I (1ª ao 6º)

Explica a expressão obrigações do Estado e garante que serão adotadas medidas visando a eliminação dos preconceitos e a supressão das formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição.

Parte II (7º ao 9º)

Garante os direitos de votar, participar da vida política, participar dos tratados internacionais, adquirir, alterar ou conservar a sua nacionalidade.

Parte III (10º ao 14º)

Estabelece a igualdade de direitos, a eliminação de discriminação no emprego, na vida social e econômica.

Parte IV (15º e 16º)

Prescreve garantias perante a justiça e o matrimônio.

9. Convenção sobre a Diversidade Biológica, 1992

A Convenção sobre a Diversidade Biológica parte do pressuposto de que a biodiversidade deve ser uma preocupação comum da humanidade. A Convenção estabelece objetivos para serem atingidos pelas partes, devendo cada país determinar como implantá-la com o escopo de utilizar e proteger a sua biodiversidade. Mas o alcance da CDB vai além da conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Ela objetiva, também, a repartição justa e eqüitativa dos benefícios gerados pelo seu uso.

Principais cláusulas: garantir a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e eqüitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias e o seu financiamento adequado. Ademais, cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, adotar medidas econômica e socialmente racionais que sirvam de incentivo à conservação e utilização sustentável de componentes da diversidade biológica.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a ECO 92, resultou numa série de convenções, acordos e protocolos. Alguns dos quais não foram efetivados pelos países signatários, como o Protocolo de Kyoto - destinado à redução da emissão de gases - e outros ratificados como o da Convenção sobre a Diversidade Biológica

(CDB). Dos 175 países que assinaram a CDB, em 1992, no Rio de Janeiro, 168 confirmaram a disposição de respeitá-la, incluindo o Brasil que já possuía essas leis em sua Constituição de 1988.

III) A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

"Um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano" Maurice Cranston.[6]

A Constituição de 1988 faz reverência aos Direitos do Homem, pois já encontramos tais direitos prescritos no Título I – Dos Princípios Fundamentais (art. 1º até art. 4º) e no Título II – Dos Direitos e garantias Fundamentais (art. 5º até art. 17).

Identificamos, ainda, Direitos Humanos inscritos no art. 5º e nos seus 78 incisos. Estes direitos são equivalentes aos direitos e liberdades reconhecidos nas declarações de direitos dos séculos XVII e XVIII e que, juntamente com o princípio da separação dos poderes, estabeleceu limitações ao poder do Estado (máxima do liberalismo político, proclamando o Estado mínimo, ou seja, o mínimo de interferência do Estado na esfera das liberdades individuais).

Os Direitos Humanos também podem ser encontrados do art. 6º até o art. 11º; e do art. 193 até o art. 224. Estes são direitos instituídos a partir do início do século XX e constituem poderes de exigir do Estado, dependendo de ações positivas dele para a correção de graves problemas criados pelo liberalismo.

E, finalmente, os Direitos Humanos que se referem aos povos - paz, desenvolvimento econômico, meio ambiente equilibrado - podem ser localizados no texto constitucional, no art. 3º, II – garantia do desenvolvimento nacional; art. 4º, IX, VI e VII – progresso da humanidade, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos e art. 225 – meio ambiente.

Nos termos do direito brasileiro os Tratados internacionais depois de assinados, referendados e ratificados passam a valer no plano interno com força de Lei.

Referendar é submeter o Tratado ou Convenção ao Congresso Nacional que pode: aprovar, não aprovar ou aprovar com reservas.

Ratificar é o ato pelo qual o governo de um país declara válido e confirma o Tratado ou Convenção, tornando-o vigente e obrigatório.

Sendo assim, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 estabeleceu-se no parágrafo 2º, art. 5º que *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".*

Esta norma constitucional, no entanto, dividiu os constitucionalistas, pois uma parte deles entendia que os tratados internacionais, inclusive os tratados de direitos humanos, após passarem pelo tradicional processo de incorporação, ingressavam no nosso ordenamento jurídico em nível infraconstitucional. Outra parte entendia que os tratados sobre direitos humanos regularmente celebrados pelo Brasil, passavam a ter *status* de normas constitucionais.

Dessa forma, com a finalidade de por fim a essa polêmica, foi editada a emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o parágrafo 3º ao art. 5º da CF/88:

[6] Filósofo inglês (08/05/1920 - 05/11/1993) professor da London School of Economics e da European University Institute.

"Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

A partir da introdução deste parágrafo, os Tratados ou Convenções equivalem a emendas constitucionais ou à legislação infraconstitucional, dependendo do sistema de aprovação.

E, finalmente, quanto à aplicabilidade imediata dos tratados sobre direitos humanos no plano interno temos o parágrafo 1º do art. 5º, que assim dispõe:

"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Todavia, interpreta-se que a eficácia destes Tratados e Convenções permanecerá latente em relação aos direitos cujo exercício depende de lei ainda não elaborada ou, ainda, de condições econômicas ou institucionais a serem implementadas.

IV) CONCLUSÃO

A história do direito e, em especial, a construção e o reconhecimento dos direitos humanos volta a ganhar espaço nos cursos jurídicos após vários anos de abandono. Talvez este renovado interesse decorra das mudanças pelas quais a nossa sociedade vem passando desde o início do século XX.

Assim, sentimos a necessidade de nos voltarmos para o passado com a finalidade de compreender o presente e, até mesmo, prever o futuro.

Algumas destas mudanças e suas incertezas derivam das transformações do homem, da sociedade e do próprio Estado ao longo do tempo.

Foi preciso, então, resgatar como viviam os nossos antepassados com o escopo de compreendermos que a história dos eventos associada à história das mentalidades pode nos revelar o homem, a sociedade e o modelo de Estado que se consolidou em cada período histórico.

A partir daí, percebemos que as particularidades do direito no tempo e no espaço (*teocêntrico ou antropocêntrico*), os seus distintos papéis (legitimador ou crítico do *status quo*), a sua fonte geradora (o Estado e/ou a vida material) nos alerta para a sua complexidade, bem assim para o fato de que ele é um fenômeno sócio-cultural em constante mutação.

Isso nos conduz a um caminho que nos permite identificar que o processo de construção e de reconhecimento dos direitos humanos iniciou-se de forma mais sistemática e consistente a partir do final do século XVII com a promulgação das primeiras declarações de direitos civis e políticos.

No entanto, é inquestionável que, após a segunda guerra mundial, as consciências e mentalidades descortinaram-se para o fato de que para sobrevivência da humanidade impunha-se a reorganização da vida em sociedade, com fundamento no respeito absoluto à pessoa e à dignidade humanas.

Assim, com o propósito de combater a barbárie precisamos construir uma civilização comunitária que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das diferenças biológicas e culturais, o direito à busca da felicidade coletiva que se opõe ao individualismo excludente, ou seja, uma civilização fraterna e solidária, autenticamente democrática.

Dessa forma, com o intuito de atender às condições para que se considere um sistema jurídico como justo esse sistema deve sustentar certos direitos essenciais como o direito à vida e à segurança, à propriedade, à liberdade de consciência, de expressão e de associação etc.. E a esses direitos denominamos direitos humanos, porque constituem uma classe especial de direitos de aplicação universal e dificilmente controversos em sua intenção geral.

Esses direitos servem de parâmetros para os povos, pois constituem uma condição necessária para a legitimidade de um regime e para a decência de sua ordem legal institucionalizada além de estabelecerem limites para o pluralismo entre os povos.

Por fim, cabe aos operadores do direito participarem deste processo, atuando na construção e na defesa dos Direitos Humanos, bem assim na manutenção e na ampliação dos organismos internacionais que auxiliam a salvaguardar esses direitos.

V) BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. ***Entre o Passado e o Futuro***. SP: Perspectiva, 1972.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. ***Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*.** SP: Ed. Acadêmica, 1993.

BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. ***A Construção Social da Realidade***. Petrópolis: Ed. Vozes.

BOBBIO, Norberto. ***As ideologias e o poder em crise***. Brasília: Ed. Unb, 1988.

_____. ***A Era dos Direitos***. RJ: Ed. Campus, 1992.

_____. ***O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo***. SP: Ed. Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***. SP: Ed. Malheiros, 1994.

_____.***O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo***. RJ: Paz e Terra, 1986.

CARDOSO, Fernando H.; IANNI, Otávio. ***Homem e Sociedade, Vol. I e II***. SP: Companhia Editora Nacional, 1971.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

DURKHEIM, Émile. ***As Regras do Método Sociológico***. SP: Cia.Editora Nacional, 1978.

FARIA, José Eduardo. ***Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política***. RJ: Ed. Forense, 1984.

_____ (org.). ***Direito e Justiça: a função social do Judiciário***. SP: Ática, 1989.

_____(org.).***Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça***. SP: Malheiros Editores, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. ***A democracia no limiar do século XXI***. SP: Saraiva, 2001.

_____. ***Direitos Humanos Fundamentais***. SP: Saraiva, 1995.

_____. ***A democracia possível***. SP: Saraiva, 1972.

GRAMISCI, Antonio. ***Concepção Dialética da História*.** RJ: Civilização Brasileira, 1978.

HELLER, Agnes. ***Para mudar a vida: felicidade, liberdade e democracia***. SP: Brasiliense, 1982.

LAFER, Celso. ***Ensaios sobre Liberdade***. SP: Perspectiva, 1980.

LOPES, José Reinaldo Lima. ***Direitos humanos: compreensão teórica de sua história recente***. Revista de Informações Legislativas. Brasília, nº 95.

_____.***O Direito na História. Lições Introdutórias.*** SP: Ed. Atlas, 2008.

RAWLS, J. ***A Theory of Justice***. Oxford: Oxford University Press, 1972.
REALE, Miguel. ***Filosofia do Direito*****.** SP: Saraiva, 1999.
_____. ***O Direito como experiência***. SP: Saraiva, 1968.
ROUANET, Luiz Paulo. ***Rawls e o Enigma da Justiça***. SP: Unimarco Editora, 2002.
SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. SP: Ed. Malheiros, 1994.
TOCQUEVILLE, Aléxis Charles Henri Maurice Clérel de, Democracia na América; tradução de João Miguel Pinto de Albuquerque. SP: Ed. Nacional, 1969.