

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PACIFISMO JURÍDICO SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI: A
INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO COM A GUERRA E O DIREITO
A PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

AMANDA INRI CELLA PINHEIRO MACHADO

Itajaí/SC, julho de 2012

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PACIFISMO JURÍDICO SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI: A
INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO COM A GUERRA E O DIREITO
A PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

AMANDA INRI CELLA PINHEIRO MACHADO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí/SC, julho de 2012.

AGRADECIMENTO

Agradeço a minha família por me proporcionar a oportunidade de prosseguir em meus estudos e pelo apoio incondicional. Ao meu marido Ricardo pelo companheirismo, carinho e suporte. Ao professor Marcos Leite Garcia, em especial, por me encorajar a escrever sobre tão relevante tema, o qual, a princípio era somente um ideal íntimo, e, através dos estudos dirigidos, fez enaltecer e consolidar ainda mais este ideal, diante de tão expressivas opiniões doutrinárias de respeitados juristas como o Professor Luigi Ferrajoli, em prol do mesmo ideal de considerar a Paz como direito fundamental, rechaçando a Guerra em defesa do Pacifismo Jurídico.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a todas as vítimas das Guerras, sem exceção, sejam elas combatentes, vítimas ou sobreviventes, com as quais me solidarizo. Dedico ainda o presente, aos pensadores pacifistas como o professor Luigi Ferrajoli, e à memória de Mohandas Karamchand Gandhi, reassumindo o mais notável respeito pelo legado deixado, por sua coragem e perseverança, embora em um ambiente extremamente hostil, em manter sua convicção em suas ações, suas intenções, palavras e modo de agir, com o intuito totalmente dissolvido de qualquer ego, de espalhar ao mundo, a não violência como única forma de libertação real dos povos.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, julho de 2012.

Amanda Inri Cella

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FAO	Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OPANAL	Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina
OTAN	Organização do Tratado do Atlântico Norte
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura

ROL DE CATEGORIAS

Rol de Categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Direitos Fundamentais ou Direitos humanos

Utilizadas no presente trabalho como expressões sinônimas porquanto há um consenso na doutrina especializada atual no sentido de que “o termo Direitos Fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão Direitos Humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional”¹.

Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Conforme ensina Maria José Añón Roig *apud* Garcia², os direitos de terceira geração são direitos difusos, coletivos e individuais ao mesmo tempo. Os direitos da liberdade (primeira geração) são direitos individuais, os direitos de igualdade (segunda geração) são direitos individuais e coletivos e os direitos de solidariedade (terceira geração) seriam direitos individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo. São os chamados de difusos, coletivos ou “novos direitos”.

Jus ad Bellum e Jus in bello

O primeiro (*Jus ad Bellum*) refere-se às normas que regulam o direito de recorrer ao uso da força no Direito Internacional. O Segundo (*Jus in Bello*) refere-se às normas que regulam o exercício do uso da força, isto é, quais as armas e métodos de combate são permitidos uma vez que Estados ou grupos irregulares fazem uso da força. Em ambos os ramos há o requisito da proporcionalidade.

¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35-36.

²GARCIA, Marcos Leite. “Novos” Direitos Fundamentais: características básicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654>. Acesso em jun. 2012.

Enquanto a proporcionalidade é um requisito do direito de legítima defesa, de acordo com o direito costumeiro, no *Jus in Bello*, a proporcionalidade refere-se ao direito humanitário³.

Guerra

Meio para solução de conflitos ou disputas, com resultado prático de prevalência da lei do mais forte.

Paz

O conceito ou definição de Paz se estreita com a definição de Guerra, sendo a definição de Paz sempre definida pelo conceito de Guerra: “Enquanto a guerra é definida positivamente como enumeração de conotados caracterizantes, ‘paz’ é definida como ausência de guerra, mais abreviadamente como não-guerra”⁴.

Guerra justa

A Guerra é aceita como um instrumento para o estabelecimento da Paz e da justiça, e estaria moralmente autorizada sob certas condições, tais como: 1. Uso da força como último recurso; 2. Causa justa, tal como a proteção dos Direitos Humanos; 3. Intenção correta, que deve ser o estabelecimento da Paz; 4. Proporcionalidade apropriada; 5. Autoridade e liderança competentes; 6. Alta probabilidade de sucesso; 7. Discriminação entre combatentes e não-combatentes⁵.

Pacifismo Instrumental

Constitui-se em buscar a Paz através do desarmamento, e das tentativas em substituir os meios violentos por meios não violentos, buscando a partir de outros meios os mesmos resultados, sendo que neste ponto alinha-se aos ensinamentos de Gandhi. O Pacifismo Instrumental é a ética da renúncia total à violência,

³REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.368.

⁴BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003, p. 140. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=wr8sEmAGXJcC&pg=PA145&lpg=PA145&dq=conceitos+filos%C3%B3ficos+de+paz&source=bl&ots=RCzj4GQ4MB&sig=ZJ8JkjmlJ56NveYlhk4AdTEJeG4&hl=pt->

BR&sa=X&ei=qHTGT6r9Doyg8gSholmvBg#v=onepage&q=conceitos%20filos%C3%B3ficos%20de%20paz&f=false>. Acesso em 30 maio 2012.

⁵REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p. 369.

“segundo a qual o recurso à violência é jamais justificado, nem sequer como *extremaratio*”, sendo não só “moralmente bom como politicamente eficaz”⁶.

Pacifismo Institucional

É dirigido ao Estado, buscando-se a Paz através do direito com a instituição de um Terceiro, acima das partes, bastante forte para poder prevenir os tradicionais conflitos entre os Estados e, caso ocorram os conflitos, para limitar suas consequências, e legitimado ao mesmo tempo pelo consenso da grande maioria dos Estados que compõem o sistema internacional⁷.

Pacifismo Jurídico de Ferrajoli

A concepção de Ferrajoli se dá a partir de que, para o autor, a história não deve se resumir no triunfo inevitável do mais forte, mas sim, a um processo aberto, conflitivo, onde o ponto de vista garantista, sempre terá algo a opor às formas de barbárie que supõem a existência de poderes concentrados e absolutos⁸. Esclarece que uma Guerra poderia ser justificada por razões extra-jurídicas, de tipo econômico, político e até moral, e pode ser também considerada lícita ou ilegal, quando existam normas de direito positivo que a proíbam, no entanto nunca poderá ser qualificada de legal, porque a contradição entre o direito não o permite. Sua tese de total ilegalidade das Guerras se dá portanto, na total impossibilidade de conexão do direito com a Guerra, em razão de que o direito é por natureza um instrumento de Paz, uma técnica para solução pacífica de controvérsias e para regulação e limitação do uso da força. “A Paz é sua essência íntima, e a Guerra sua negação, ou quando menos, a constatação e efeito da sua ausência nas relações humanas assim como do caráter pré-jurídico, carente de regras e selvagem”⁹.

⁶BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 100.

⁷BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 96-97.

⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Edição de Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004, p. 14.

⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 29.

SUMÁRIO

RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	4
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	4
1.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	4
1.1.1 A MUDANÇA DE MENTALIDADE.....	9
1.1.2 A SECULARIZAÇÃO, O NATURALISMO, O RACIONALISMO E O INDIVIDUALISMO	11
1.1.3 A NOVA CIÊNCIA	13
1.1.4 A ORIGEM DO CONSENSO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1.5 Os MODELOS DE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.1.5.1 O modelo Inglês	19
1.1.5.2 O modelo Americano	21
1.1.5.3 O modelo Francês	22
1.2 AS LINHAS DE EVOLUÇÃO E AS GERAÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
1.2.1 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO – PRIMEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
1.2.2 O PROCESSO DE GENERALIZAÇÃO – SEGUNDA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.2.3 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO	28
1.2.4 O PROCESSO DE ESPECIFICAÇÃO – TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	30
1.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
1.3.1 PRETENSÃO MORAL JUSTIFICADA – DIMENSÃO ÉTICA	34
1.3.2 POSSIBILIDADE DE SER UMA NORMA JURÍDICA E EXIGÍVEL – A DIMENSÃO JURÍDICA	36
1.3.3 UMA REALIDADE SOCIAL – A DIMENSÃO SOCIAL.....	37
CAPÍTULO 2.....	39
DA GUERRA E DA PAZ.....	39
2.1 DO <i>JUS IN BELLO</i> E O <i>JUS AD BELLUN</i>	39

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIZAÇÃO JURÍDICA ACERCA DA GUERRA	40
2.2.1 DA GUERRA JUSTA	45
2.3 SOBRE A PAZ.....	48
2.3.1 A PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL	52
CAPÍTULO 3.....	64
O PACIFISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI	64
3.1 AS FORMAS DE PACIFISMO.....	64
3.2 O PACIFISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI.....	67
3.2.1 GUERRA, JUSTIÇA E DIREITO.....	68
3.2.2 A PROIBIÇÃO DA GUERRA NA CARTA DA ONU. GUERRA E USO LEGÍTIMO DA FORÇA	71
3.2.3 GUERRA E DIREITOS HUMANOS: O VÍNCULO ENTRE MEIOS E FINS.....	73
3.2.4 GUERRA, TERRORISMO E DIREITO.....	77
3.2.5 POR UMA ESFERA PÚBLICA GLOBAL.....	80
3.2.5.1 A ausência de garantias da paz e dos direitos no atual ordenamento internacional	84
3.2.5.2 Por uma jurisdição penal internacional	87
3.2.5.3 Por uma reforma democrática da ONU	88
3.2.6 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	90
3.2.7 TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS	91
3.3 BREVES ALUSÕES A AÇÕES DE PACIFISMO INSTRUMENTAL – GANDHI E GENE SHARP.....	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	105

RESUMO

A presente dissertação busca em um primeiro momento trazer a evolução histórica dos Direitos Fundamentais, identificando os direitos de primeira geração, fulcrados no princípio da liberdade, os de segunda geração, consolidados sobre o princípio da igualdade, até atingir a atualidade, onde se está vislumbrando uma terceira geração de Direitos Fundamentais, pautados no princípio da solidariedade. O princípio da solidariedade é atualíssimo nesses tempos em que, com a globalização e interdependência dos Estados, se está diante de uma questão de fundo: ou os países do mundo se solidarizam uns com os outros, ou o planeta todo corre o sério risco de deixar de existir. Essa premissa não tem o condão de ser pessimista, mas sim, de retratar os fatos que a história vem demonstrando como atozes e em total desrespeito a qualquer princípio de empatia ou solidariedade. As guerras dos anos 90 remontam aos tempos da barbárie, da inexistência de regras para limitar o poder do soberano sobre os demais, da volta aos tempos selvagens em que o mais forte sempre vence. A Paz do mundo está ameaçada e é preciso protegê-la. Diante deste cenário, o trabalho, discorre sobre a visão da Paz como direito fundamental e, como fonte dos demais Direitos Fundamentais, e sobre o Pacifismo Jurídico à luz da doutrina do professor Luigi Ferrajoli. Faz um apanhado final acerca do atual cenário internacional, da ONU, e culmina com a defesa da necessidade de instituição de uma esfera internacional, dotada de instituições internacionais de garantia, para o fim de prestar efetividade aos inúmeros tratados e à própria Carta da ONU de 1945, principalmente no que tange aos Direitos Fundamentais e à proteção à Paz.

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa:
Constitucionalismo e Produção do Direito

Palavras-chave: Pacifismo Jurídico, Direitos Fundamentais, Guerra e Paz

ABSTRACT

This dissertation intends at first to bring the historical evolution of fundamental rights, identifying the first generation rights, based on the principle of freedom, the second generation, which was consolidated on the principle of equality, until the present day, where it is envisioning a third generation of fundamental rights based on the principle of solidarity. The principle of solidarity is very current in these times in which, with the globalization and interdependence of States, the world is leading with an extreme situation: or the countries of the world solidarity with each other, or the whole planet runs the serious risk of ceasing to exist. This premise has no magic wand to be pessimistic, but yes, to point out the facts that the story has demonstrated how atrocious and total disrespect to any principle of sympathy or solidarity they are being. The wars that took place in the 90 years go back to the times of barbarism, the absence of rules to limit the power of the sovereign over others, back to wild times in which the strongest always wins. World peace is threatened and need to be protected. In this scenario, the present study defends the protection of peace as a right from the third generation of fundamental rights and, as the source of all other fundamental rights, and pacifism in light of the legal doctrine of professor Luigi Ferrajoli. Presents a final overview of the current international scenario, about ONU, and culminates with the defence of the necessity of the establishment of an international sphere endowed with international institutions for guarantee, to provide effectiveness to the numerous treaties and the Charter of the United Nations of 1945, mainly in relation to fundamental rights and to protect peace

This thesis is inserted into the Research Line: Constitutionalism and Production law.

Key Words: Pacifism Legal, Fundamental Rights, War and Peace.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente Dissertação é realizar estudo sobre a incompatibilidade entre direito e guerra, sobre a inserção do direito à Paz como direito fundamental de terceira geração, e, com enfoque sobre as guerras atuais, e os fins éticos e humanitários que pretendem assumir, trazer a lume o Pacifismo Jurídico defendido pelo professor Luigi Ferrajoli.

O seu objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é estudar a Paz como direito fundamental de terceira geração e o Pacifismo Jurídico de Luigi Ferrajoli diante da incompatibilidade do direito com a guerra.

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

- a) A guerra é incompatível com o direito?
- b) A teoria da Guerra Justa pode ser sustentada?
- c) A guerra é meio de solução de controvérsias para atingir o fim a que se destina?
- d) Quais os mecanismos necessários para evitar a guerra de forma eficaz no âmbito internacional, e fazer da Paz um direito universal de modo a proporcionar-lhe a proteção devida?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Dissertação, e são aqui sintetizados, como segue.

O Capítulo 1 trata de apresentar a evolução histórica dos Direitos Fundamentais, suas dimensões e fundamentos, corroborando-se que foram assim declarados dentro de momentos específicos da história e objeto de conquistas que partiram de lutas dos mais débeis, e não da simples vontade do Estado ou dos soberanos.

O Capítulo 2 discorre sobre a guerra e seus fundamentos, sua evolução normativa, e sobre a utilização da guerra como método de solução de conflitos. Especial destaque quanto à análise da guerra do ponto de vista

jurídico, de sua incompatibilidade com o direito, e o desrespeito ao ordenamento jurídico internacional pelas grandes potências para tentar justificar as últimas guerras, e sob este enfoque a impossibilidade de sustentação da teoria da Guerra Justa. Aborda ainda, em contrapartida, sobre a Paz, trazendo um breve histórico de sua conceituação, até chegar aos dias atuais, defendendo a Paz como direito fundamental de terceira geração, amparada no princípio da solidariedade.

O Capítulo 3 dedica-se a discorrer especificamente quanto ao Pacifismo Jurídico do professor Luigi Ferrajoli, amparado no livro *Razones del Pacifismo*. São abordadas neste capítulo as principais idéias do autor que dão respaldo a sua posição de pacificador e de defensor da Paz como direito fundamental de terceira geração, e de um estado democrático internacional de direito, o qual, munido das ferramentas indispensáveis, será capaz de manter a Paz entre os Estados e garantir a Paz como direito universal inerente a todos, sem distinção entre Oriente e Ocidente.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a conscientização da urgente necessidade de reconhecimento da Paz como direito fundamental, e assim, buscar mecanismos internacionais eficazes para que se possa resguardar o planeta de um desastre avassalador, que pode ser causado por qualquer Estado que, amparado pelas justificativas atuais das correntes guerras, decida por si, fazer uso de armas nucleares e ou outras tantas armas de destruição em massa às quais muito são fabricantes, ou comercializam livremente. Trata assim de chamar a atenção e consciência de todos para que o cenário internacional seja reestruturado, de forma a garantir eficácia aos tantos tratados já assinados, porém muitos não ratificados pelos Estados.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método¹⁰ utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base

¹⁰“Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.

indutiva¹¹. Foram acionadas as técnicas do referente¹², da categoria¹³, dos conceitos operacionais¹⁴, da pesquisa bibliográfica¹⁵ e do fichamento¹⁶.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹¹Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 81 a 105.

¹²"explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 54.

¹³"palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 25.

¹⁴"definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 37.

¹⁵"Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 207.

¹⁶"Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 201 e 202.

CAPÍTULO 1

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na técnica não-violenta, a derrota não existe. É agir ou morrer sem matar nem ferir. Ela pode ser utilizada praticamente sem dinheiro e sem o auxílio da ciência da destruição que levastes a uma tal perfeição¹⁷.

1.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar no campo de descrição do fundamento, origem, e história dos direitos em questão, cabe trazer a lume que diversas expressões e justificações foram utilizadas através dos tempos para designá-los, e as expressões: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e direitos do homem, são algumas das expressões comumente utilizadas pela doutrina especializada.

Buscando-se um conceito, tem-se que os Direitos Humanos

aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional¹⁸.

Quanto aos Direitos Fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos Direitos Humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana.

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria

¹⁷GANDHI, Gandhi. **His Own Words**. Martin Green (dir.). University Press of New England: Hannover e Londres, 1997, p. 312.

¹⁸“Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 48 (Trad. da Autora).

natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹⁹.

No entanto, em que pese as distinções traçadas, há um consenso na doutrina especializada atual no sentido de que

o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional²⁰.

Para fins do presente trabalho, tendo em vista a busca do resgate de sua história e filosofia, as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, poderão ser utilizadas como sinônimos²¹.

Os Direitos Fundamentais tem sua gênese em conquistas históricas da humanidade que acarretaram mudanças de mentalidade dos seres humanos e na estrutura das sociedades. Daí a importância de se compreender que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático e nem mesmo tem um conceito delimitado, eis que a sua transformação acompanha os

¹⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259.

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 35-36.

²¹“Na nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo direitos fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos”. GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343. Acesso em 17/01/2012.

acontecimentos históricos e a necessidade de proteção de “novos” direitos daí derivados.

O professor Horta²² sintetiza este processo histórico

A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma imperial e republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes do pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos fontes espirituais e ideológicas da concepção, que afirma a precedência dos direitos individuais inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem²³.

Porém, o processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais é iniciado na época em que o professor Peces Barba²⁴ denomina de trânsito à modernidade, ou seja, o trânsito da Idade Média para a Idade Moderna, momento em que as idéias de dignidade humana, da liberdade ou da igualdade, por exemplo, começam a se materializar como Direitos Fundamentais.

(...) o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão

²²HORTA, Raul Machado. Constituição e Direitos Individuais. **Separata da Revista de Informação Legislativa**, a. 20 n. 79, julho/set., 1983, p.147-148.

²³HORTA, Raul Machado. Constituição e Direitos Individuais, p.147-148.

²⁴PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 113.

seu pleno sentido²⁵.

É neste momento histórico que nasce uma nova mentalidade que prepara o caminho para o surgimento de um novo homem, de uma nova sociedade, que irão surgir progressivamente até a positivação das demandas jusnaturalistas dos direitos do homem nos documentos das chamadas revoluções burguesas²⁶.

Durante este período, a descentralização política, o predomínio do magistério da Igreja Católica, o estilo de vida feudal, que caracterizaram a idade média, deixam progressivamente de existir, dando azo para a criação de uma nova sociedade.

Essa mudança comportamental é decorrente de vários fatores tais como o desenvolvimento do comércio que criou uma nova classe, a burguesia, que não participava da sociedade feudal; a aparição do Estado Moderno, ocorrendo a centralização do poder político, ou seja, o direito passa a ser o mesmo para todos dentro do reino, sem as inúmeras fontes de comando que caracterizavam o medievo; uma mudança de mentalidade, os fenômenos passam a ser explicados cientificamente, através da razão e não apenas através de uma visão religiosa, ocorrendo portanto uma mundialização da cultura²⁷.

De início, burguesia e monarquia foram aliadas para acabar com o universo medieval e porque o novo poder centralizado proporcionava a segurança que a burguesia reclamava inicialmente, porém, quando a burguesia consolidou sua força social, impulsionou o dissenso, juntamente com os humanistas, os funcionários, com os científicos e pessoas que pertenciam a seitas ou igrejas que não coincidiam com a religião da monarquia.²⁸

Este dissenso parte então do desacordo, e da impossibilidade do desenvolvimento individual da classe burguesa dentro dos rigores do poder absoluto.

²⁵PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 4 (Trad. da Autora).

²⁶GARCIA Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**.

²⁷PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 115-127.

²⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 139.

Assim, durante o séculos XVII, e sobretudo XVIII o descontentamento da burguesia pelo excessivo poder do Estado Absoluto e a força econômica adquirida, acarretam a pretensão da burguesia em compartilhar os poderes políticos, e, neste momento os Direitos Humanos foram uma das armas mais importantes.

Necessário seria igualmente, um poder unitário para garantir a ordem e a segurança imprescindíveis para que a burguesia pudesse desenvolver sua atividade mercantil ante a ineficácia das estruturas políticas medievais. E esta necessidade advém igualmente derivada da ruptura da unidade ideológica que se sustentava no monopólio religioso da Igreja Católica, com o imperialismo da ideologia sobre o pensamento, sobre a ciência e sobre os costumes, que junto com a ordem corporativa mantinham a segurança²⁹.

A nova segurança será a segurança jurídica, através do Direito, e necessitará um referente unificador das normas, que será o Estado, com sua pretensão de monopólio e do uso da força legítima. Assim se começa a consolidar no mundo moderno a idéia de que a primeira função de todo o poder político e de todo sistema jurídico é a organização pacífica da convivência³⁰.

Aparece então dois modelos de Estado, que deram lugar a dois tipos históricos de Direitos Humanos.

O modelo continental, que é mais racionalista, fundado na ideologia dos direitos naturais do *iusnaturalismo* racionalista, vinculado ao modelo de estado que supõe a destruição das bases da organização política medieval, para construir o Estado absoluto, e o modelo inglês, mais pragmático, mais historicista, mais conectado com as transformações concretas do poder político e com sua limitação, vinculado ao modelo de Estado que supõe a transformação sem rupturas totais com o modelo medieval³¹.

Estes modelos darão lugar a dois tipos históricos de direitos humanos, os vinculados ao modelo continental, mais racionalistas,

²⁹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995. p. 119.

³⁰PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995. p. 119. (Trad. da Autora).

³¹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995. p. 119.

menos historicistas, fundamentados na ideologia dos direitos naturais do jusnaturalismo racionalista e da Ilustração, e os de modelo inglês, mais pragmáticos, mais historicistas, mais conectados com as transformações concretas do poder político e com sua limitação³².

A aparição do Estado, como poder soberano, que não reconhece superior e que pretende o monopólio pelo uso da força legítima, gerou o dissenso apoiado na nova mentalidade, dirigido pela nova classe social em ascensão, a burguesia, sobre as condições de exercício absoluto deste poder, e construirá um novo consenso político questionando a origem do poder, sua justificação, seu exercício e seus fins, com o contratualismo, com a idéia de Constituição e de Direitos Humanos como objeto do contrato e como limites do poder³³.

Não obstante, cumpre destacar, como salienta o professor Peces-Barba³⁴, o Estado absoluto foi uma etapa imprescindível. Seu esforço de centralização, de robustecimento de uma soberania unitária e indivisível, sua consideração do indivíduo abstrato, o *homo juridicus* como destinatário das normas, criará as condições necessárias para o aparecimento dos Direitos Fundamentais positivados exatamente com as revoluções liberais contrárias ao Estado absoluto.

Será a partir destas revoluções, que vão se consagrar os princípios liberais político e econômico, consolidando a figura do Estado durante a passagem da Idade Média para a Idade Moderna.

1.1.1 A MUDANÇA DE MENTALIDADE

Como elucida o professor Peces-Barba³⁵, uma mudança de mentalidade dá ensejo a uma nova cultura, principalmente calcada no Humanismo e na Reforma, que apoiará o nascimento do conceito de Direitos Fundamentais.

³²PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 120.

³³PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 115.

³⁴PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**, p. 7/25-52.

³⁵PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 123.

O humanismo e a Reforma são dois movimentos que se confundem; o primeiro está presente em vários setores da reforma, e esta marca também o humanismo e suas conseqüências no séc XVII e XVIII. Trata-se de momentos em que se pretendeu instaurar a ordem de volta às origens, e os adversários eram os conservadores da igreja e filosofia medievais³⁶.

Ambas coincidiram aparentemente em seus princípios, em afirmar autonomia, o valor ao trabalho e à atividade humana. Este antropocentrismo ético coloca o homem, como construtor de si mesmo e dominador da natureza no centro do universo. “Para a ética humanista da liberdade serão a realização do homem e o domínio da natureza, seus máximos objetivos”³⁷.

A Reforma, se caracterizará pelo individualismo, o racionalismo e o processo de secularização. Em concreto, a Reforma protestante, com a ruptura da unidade eclesial, gerará o pluralismo religioso e a necessidade de uma fórmula jurídica que evite as guerras por motivos religiosos. Neste espaço, a tolerância, precursora da liberdade religiosa, será o primeiro direito fundamental³⁸.

Ambos conceitos, de humanismo e da reforma, por diferentes itinerários conduzirão, na ordem jurídica da sociedade, a criação de um âmbito de autonomia, uma liberdade negativa, onde os demais, e o Estado, esse poderoso poder que surge naquele tempo, devem abster-se de interferir³⁹.

Os humanistas e a reforma representam o moderno, frente ao que será o antimoderno, em grande parte até o século XX, a Igreja Católica e o chamado pensamento reacionário, negadores dos direitos humanos”⁴⁰.

³⁶PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 123.

³⁷PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 123.

³⁸PECES-BARBA, Gregório. Tránsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales, p.7-8, 53-122, citado no texto do professor GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais, **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul/dez. 2005.

³⁹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 124.

⁴⁰“Los humanistas y la reforma representan lo moderno, frente a lo que será lo antimoderno, em gran parte hasta este siglo XX, la Iglesia Católica y ellama do pensamiento reaccionario, negadores de los derechos humanos” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 123 (Trad. da Autora).

A liberdade civil, primeiro momento histórico dos Direitos Fundamentais, é impulsionada por esta mentalidade quando a burguesia se sente sufocada pela pressão do Estado absoluto e necessita neste âmbito de autonomia para o progresso do comércio, da economia de mercado livre e para o desenvolvimento da profissão.

Num seguinte momento, igualmente apoiado por esta mentalidade, serão reivindicados os direitos políticos para a burguesia⁴¹.

A necessidade do aprendizado da leitura, da escrita e do cálculo, essenciais ao comércio, e de outros conhecimentos práticos, conduz a modificações no plano educacional. Surgem escolas com professores leigos que prestam uma educação mais voltada para a vida prática, com maior ênfase em noções de história, geografia e ciências naturais e valorizando a língua nacional sobre o latim, contrapondo-se ao tradicional *triviumequadrivium* e ao seu excessivo formalismo.

A necessidade da ampliação dos negócios conduz a novas descobertas que mudam de modo considerável o panorama da época: a imprensa catalisa a difusão da cultura, a pólvora derruba definitivamente a hegemonia das fortalezas feudais, a evolução do transporte marítimo permite o maior contato com outras culturas. Uma nova visão do mundo é construída a partir da teoria heliocêntrica de Copérnico.

Todos estes fatores deram ensejo à construção de uma mudança de mentalidade a qual favoreceu a aparição da filosofia, e, após, o conceito de contrato social e do Direito positivo, e dos Direitos Fundamentais⁴².

1.1.2 A SECULARIZAÇÃO, O NATURALISMO, O RACIONALISMO E O INDIVIDUALISMO

Prosseguindo-se quanto às referências históricas que contribuíram para a construção da filosofia dos Direitos Fundamentais, o professor Peces-Barba⁴³ destaca quatro momentos decisivos, quais sejam:

⁴¹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 124.

⁴²PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 127.

⁴³PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 127-133.

a) a secularização: é conseqüência da ruptura da unidade religiosa, e abrange a todas as áreas da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a nova ciência, e a política a partir da obra de Maquiavel. Os temas religiosos são substituídos por problemas humanos. O processo de separação de ética e política, que se inicia com Maquiavel, e no jusnaturalismo racionalista baseado na natureza, frente ao jusnaturalismo clássico do cristianismo, em que Deus, é o autor das normas, como legislador. Indaga-se sobre as causas naturais das coisas, as técnicas científico-naturais ou as técnicas políticas. Na sociedade secularizada se ressaltam as necessidades de segurança da burguesia para a busca de uma nova ordem baseada na razão e na natureza humana, é a ordem do individualismo e dos direitos naturais.

b) o naturalismo: é conseqüência da secularização e supõe a volta à natureza. Da atração pela natureza se passa ao conhecimento real da natureza, através dos imensos progressos das ciências físicas e naturais, através da observação direta, superando o aparato ortopédico imposto pelas categorias aristotélicas e da teologia católica. Através da análise da natureza, se descobre as leis racionais que a regem e o êxito é tal que se pensa em encontrar uma realidade estável para o homem, sua natureza, capaz igualmente de albergar as leis que regem a conduta humana.

c) o racionalismo: traduz-se na confiança plena no valor da razão, como instrumento de conhecimento, e serviu para dominar a natureza, para descobrir suas irregularidades e suas leis, tanto no campo da natureza física como na vida social humana. Estende sua influência na arte e na literatura através da defesa da ordem e da lógica, no século XVII, o que recebe críticas, eis que obscurece o valor da história e assim todos os elementos diacrônicos, necessários para uma cabal compreensão dos fenômenos em sede sincrônica.

d) o individualismo: característica mais definidora do tempo moderno. Supõe um interesse pelo homem em todos os aspectos, e o desejo de conhecer o homem. É a origem das ciências humanas.

Este contexto de mudança de mentalidade que irá propiciar a luta e a positivação dos primeiros Direitos Fundamentais, então direitos do homem e do cidadão. Alguns autores serão fundamentais para seu aparecimento,

e servirão como fundamento e base desses primeiros Direitos Fundamentais. Estes serão os autores do jusnaturalismo racionalista⁴⁴.

Destaca-se o primeiro período dos pensadores jusnaturalistas da época moderna, que o historiador do Direito Franz Wieacker classifica como precursores e fundadores do jusracionalismo, entre os quais encontram-se Johann Oldendorp, os autores da escolástica tardia espanhola, Johannes Althussius e o fundador por excelência do jusracionalismo Hugo Grotius⁴⁵. Ainda, na classificação de Wieacker como a segunda geração⁴⁶ cita-se os jusnaturalistas racionalistas (ou jusracionalistas) Thomas Hobbes, Baruch de Espinosa, Samuel Pufendorf. Wieacker classificará Christian Thomasius como pertencente a uma terceira geração dos jusracionalistas, juntamente com Christian Wolf, que servirá de elo entre o jusracionalismo e o Iluminismo⁴⁷.

1.1.3 A NOVA CIÊNCIA

Ainda durante o trânsito à modernidade, importante fator que contribuiu decisivamente para a formação histórica dos Direitos Fundamentais, foi a influência da mudança de mentalidade, aduzida alhures, à formação de um novo espírito científico.

Trata-se de um momento em que se propôs um desafio a imagem do mundo adotada pela Idade Média. O universo com fins criados por Deus, foi substituído pela idéia do mundo como um grande mecanismo, onde a contemplação cedeu espaço a ação⁴⁸.

Para os filósofos racionalistas, cujos representantes principais foram Descartes, Nicolas Malebranche (1638-1715), Baruch Espinosa (1632-1677) e Leibniz (1646-1716), é necessário descobrir uma metodologia de investigação filosófica sobre a qual se pudesse construir todo o conhecimento. A resposta a esta questão, encontrada por Descartes, foi que o conhecimento válido

⁴⁴GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, jul./dez. 2005, p. 423.

⁴⁵WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Trad. António M. Hespanha. Lisboa:Fundação CALouste Gulbenskian, 1980., p. 303-304/315 e seguintes.

⁴⁶WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**, p. 304/340 e seguintes.

⁴⁷WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**, p. 353 e seguintes.

⁴⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995. p. 133-134.

não provem da experiência, mas encontra-se inato na alma. Em relação ao método para atingir este conhecimento, o filósofo francês propõe colocar em dúvida qualquer conhecimento que não seja claro e distinto. Este conhecimento pode ser obtido através da análise racional, com a qual é possível apreender a natureza verdadeira e imutável das coisas⁴⁹.

O esforço da ciência, e os resultados da livre ação criadora do homem no campo científico produziram, na sociedade dos séculos XVI e XVII, uma esperança na liberdade, fortalecendo a confiança na razão e em conseqüência no racionalismo, ao implantar a segurança do domínio do homem sobre a natureza, caracterizando-se assim, como um modelo de participação e de autonomia que se pode estender a outros terrenos, como o econômico e o político⁵⁰.

1.1.4 A ORIGEM DO CONSENSO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O consenso que constrói a idéia dos Direitos Fundamentais, como visto anteriormente, advém justamente do dissenso instaurado sobre o poder centralizado da Monarquia absoluta, liderado principalmente pela burguesia, quando esta consolidou sua força social, e necessitou expandir seus horizontes políticos e assim deu impulso a esse dissenso no sentido de rechaçar um poder absoluto, arbitrário e acima da lei. Este movimento, fundamentado na nova mentalidade, teve o apoio dos humanistas, dos funcionários, dos cientistas e dos pertencentes a seitas ou igrejas diferentes daquela seguida pelo monarca⁵¹.

Como consenso, seria necessário a construção de uma filosofia que limitasse, regulasse e racionalizasse esse, até então, poder absoluto.

Para tanto, o período ultrapassa as primeiras justificativas divinas do poder – jusnaturalismo - ,para justificar esse poder através da ideologia moderna do pacto social, de acordo com as características trazidas pelo racionalismo, pelo individualismo e pela secularização, o que permite construir a

⁴⁹MONDIN, B. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Edições Paulinas, 1980, p. 71.

⁵⁰PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995. p. 133-134.

⁵¹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995. p. 138-139.

nova legitimidade que reclama a burguesia para assumir o poder político. Assim, a origem desta mudança, que supõe a passagem do Estado de natureza para a sociedade, está baseado em um consenso entre os indivíduos⁵².

O pensamento jusnatural e contratual do Iluminismo formulou esta regra primária da relação entre o Estado e o cidadão e da convivência civil entre maioria e minoria, concebendo os direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado” e do pacto social por ele assegurado⁵³.

Exatamente a partir desse contexto de mudanças na sociedade, no ocidente, é que começa a aparecer e delinear-se o conceito dos Direitos Fundamentais entendidos em seu início como direitos naturais, graças à contribuição do *iusnaturalismo* racionalista. Como sinalizou o professor Luño: “O conceito dos Direitos Humanos tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração doutrinal pelo iusracionalismo naturalista”⁵⁴.

Neste momento de transição da teoria do direito natural a uma teoria dos direitos naturais concretos, a qual terá como consequência as declarações de direitos do século XVIII, será de crucial relevância um novo significado que define o *iusnaturalismo* racionalista e que o diferencia de todas as teorias *iusnaturalistas* anteriores⁵⁵.

Assim explica D’Entreves⁵⁶:

A moderna teoria do Direito natural não era, falando com propriedade, uma teoria do Direito objetivo, senão uma teoria de Direitos subjetivos. Produziu-se uma mudança importante baixo o invólucro das mesmas expressões verbais. O *iusnaturalis* do filósofo moderno já não é a *lexnaturalis* do moralista moderno nem

⁵²PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995. p. 139-140.

⁵³FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, p. 690.

⁵⁴LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: LUÑO, Antonio Enrique Pérez *et al.* **Los derechos humanos**: Significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979, p. 17.

⁵⁵GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**, p. 420-423.

⁵⁶D’ENTREVES, Alessandro Passerin. Derecho natural. In: D’ENTREVES, Alessandro Passerin *et al.* **Crítica del Derecho natural**. Trad. Elías Díaz. Madrid: Taurus, 1966, p. 75.

o iusnaturalis do jurista romano⁵⁷.

García⁵⁸ destaca como maior inovação da Escola do Direito Natural Racional não tanto o fundar o direito natural na razão, como a questão do método, isto é, à maneira das ciências físico-naturais que estavam então em franco desenvolvimento, especialmente a matemática, o jusnaturalismo racionalista incorpora o *more geométrico*, o pensamento orientado por uma construção sistemática, na qual de princípios fundamentais, tidos por evidentes à razão, é possível deduzir normas cada vez mais particulares, até formar um sistema jurídico completo.

Reserva-se especial referência a Christian Thomasius, considerado original dentre os jusnaturalistas, por haver destruído “a metafísica do Direito natural racionalista”, enquanto suas idéias sobre o direito natural foram dirigidas à ação, a “busca de uma finalidade prática de transformação da realidade”. A luta pela humanização do Direito penal e processual, iniciada por Thomasius, será um dos pilares essenciais na construção do ideal dos Direitos Fundamentais. Felizmente sua idéia de humanização do procedimento penal será retomada e completada por autores como Montesquieu, Beccaria, Voltaire, entre outros, e assim chegará à inclusão da mesma em textos fundamentais que serão a base e o início da positivação dos direitos do homem⁵⁹.

Um dos escopos do jusnaturalismo racionalista era perseguir a independência, a autonomia do Direito em face da Moral, entendida como ética subjetiva, e neste aspecto igualmente Thomasius anuncia já a Ilustração e desenvolve com sua distinção entre Direito e Moral a convicção, que se ia consolidando, de que o Estado e seu Direito não eram o instrumento adequado

⁵⁷D'ENTREVES, Alessandro Passerin. **Derecho natural**, p. 75.

⁵⁸GARCÍA, Eusebio Fernández. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In: GARCÍA, Eusebio Fernández; PECES-BARBA, Gregorio (org.). **História de los derechos fundamentales**, p. 576-577 *apud* GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul/dez. 2005.

⁵⁹Como exemplos, do posterior processo de positivação dos direitos fundamentais relativos aos fenômenos da tortura e da conseqüente humanização do Direito penal, podemos citar em primeiro lugar o artigo 8 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabelecia a proibição de impor penas que no forem estrita e evidentemente necessárias. E, em segundo lugar, em 1791 a emenda oitava à Constituição dos EUA dizia que não se poderão impor castigos cruéis nem aberrantes. Conferir: COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, p. 114-121 e 122-160 In: GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**, p. 420-423.

para realizar a concepção do bem de uma Igreja ou confissão, com o que anunciava, além da separação do Estado da religião, também a distinção entre ética pública e ética privada, tão decisiva para a compreensão do conceito de dignidade humana, que é um dos pilares da atual teoria dos Direitos Fundamentais⁶⁰.

O que realmente elucida sua doutrina de separação entre Moral e Direito é a afirmação de que a obrigação jurídica é essencialmente coativa: como o direito regula as ações externas e somente o externo pode chegar a ser objeto da coação (questões de ética pública), somente essa obrigação é coativa, sem que a coação possa, em câmbio, alcançar ao *forum internum* da consciência, que é onde se produzem os atos regulados pela Moral (questões de ética privada)⁶¹.

Luño⁶² destaca, igualmente, esse aporte do jusnaturalismo à reivindicação dos Direitos Humanos:

A concepção subjetivista, entendida como autoconsciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, se faz com base na melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático sobre o qual se constrói a fundamentação moderna dos direitos humanos⁶³.

A separação do Direito da Moral e a humanização do Direito penal e processual penal estão na base dos modernos Direitos Humanos e das demais liberdades, serão a semente que germinará as modernas liberdades que seguirá seu caminho até os atuais Direitos Fundamentais positivados nas

⁶⁰PECES-BARBA, Gregório. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid:Dyskinson, 1994.p. 42-43 In: GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**, p. 420-423.

⁶¹FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El iusnaturalismo. In: FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; CID, Benito de Castro. **Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural**. 3.ed. Madrid: Universitas, 2001, p. 484.

⁶²“La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye y la fundamentación moderna de los derechos humanos”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La fundamentación de los derechos humanos. In: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, p. 145 (Trad. da Autora).

⁶³LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, , p. 145.

constituições dos Estados ocidentais e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁶⁴.

Toda a filosofia do constitucionalismo para limitar o poder, desde sua origem, seus exercício seus fins, é a mentalidade comum, em cujo seio, ser produziram as primeiras idéias concretas referentes ao pensamento, a consciência e às garantias processuais. Sua vinculação será com valores centrais de dignidade humana como a liberdade, mas também com a idéia de segurança jurídica⁶⁵.

O governo dos homens, é substituído pelo governo das leis, onde os governantes não estão acima da lei, mas precisamente submetidos a elas, de onde, inclusive deriva a sua autoridade.

Nesse novo esquema de onde a relação do poder ao Direito se converte em relação do Direito com o poder, é dizer, no Estado de Direito, um dos componentes desta juridificação, é o reconhecimento dos Direitos Fundamentais e também a consagração do constitucionalismo como limitação do exercício do poder. Os direitos naturais e sua proteção são, por conseguinte, a causa do limite do exercício do poder. Para o professor Peces-Barba⁶⁶

Quando a mentalidade do mundo moderno e a reflexão sobre a organização do poder, frente ao Estado absoluto, que produzirá o primeiro constitucionalismo, alcançou êxito social, estaremos nos primórdios do Estado liberal e nos primeiros modelos cristalizados na história dos direitos fundamentais, de uma moralidade recebida pelo Direito positivo⁶⁷.

O pensamento constitucional incide na formação da filosofia dos Direitos Fundamentais de duas maneiras: 1) através da legitimação da própria

⁶⁴GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**, p. 420-423.

⁶⁵PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 139-140.

⁶⁶“Cuando la mentalidad del mundo moderno y la reflexión sobre la organización del poder, frente al Estado absoluto – que producirá el primer constitucionalismo – alcance éxito social, estaremos en los albores del Estado liberal y en los primeros modelos cristalizados en la historia de los derechos fundamentales, es decir, de una moralidad recibida por el Derecho positivo”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 146 (Trad. da Autora).

⁶⁷PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 146. (Trad. da Autora).

idéia de direitos naturais, ao situar-los como expressão política do antropocentrismo, na causa do pacto social; 2) ao abrir uma brecha para os direitos políticos, através da idéia da formação da representação da soberania, primeiro de forma limitada, para estender-se a partir do século XIX de forma geral. É o ponto de partida dos direitos de participação política e do sufrágio universal⁶⁸.

1.1.5 Os Modelos de Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

Prosseguindo-se na busca da fundamentação dos direitos, e de seu “porque”, com enfoque na evolução histórica dos Direitos Fundamentais, segue-se utilizando o modelo traçado pelo professor Peces-Barba, em razão da abrangência e da inteireza de análise de fatores que contribuíram para o estudo em comento.

O mencionado autor propõe a observância de três perspectivas: primeiramente, caracterizando os modelos iniciais dos direitos, que são o inglês, o americano e o francês, analisando suas diferenças e seus elementos comuns; em um segundo momento, prosseguindo na evolução histórica até a atualidade, através de quatro linhas de compreensão, quais sejam, a positivação, a generalização, a internacionalização e a especificação, a fim de se compreender o processo que explica como se encontram hoje os Direitos Fundamentais; e em um terceiro momento, estudando os conteúdos e o sentido que tem as abordagens liberal, democrática e socialista, que auxiliam a uma compreensão integral dos direitos, a fim de se evitar os reducionismos⁶⁹.

Desde o século XVII se poderá falar do modelo inglês e desde o século XVIII dos modelos americanos e francês.

1.1.5.1 O modelo inglês

Em 1215 surgia na Inglaterra a Magna Carta, a qual fora imposta pelos Barões ingleses aos rei, marcando o início da limitação do poder do Estado.

Apesar de tratar-se muito mais de uma garantia dos direitos dos Barões, proprietários de terra, do que de uma ampla garantia dos direitos de

⁶⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 143.

⁶⁹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 146.

todo o povo, o documento representou um grande avanço, fixando alguns princípios que mais tarde tomariam caráter universal, caracterizando-se como um dos documentos medievais decisivos para o desenvolvimento das liberdades inglesas, e de valor simbólico para o processo de positivação dos Direitos Fundamentais⁷⁰.

A “common law” e a luta parlamentarista contra o poder do Monarca, sobre tudo no século XVII, durante a dinastia Tudor, constroem o constitucionalismo, especialmente com referência limite do exercício do poder, submetendo-o à lei, e à separação dos poderes. A supressão dos tribunais reais, e a aprovação de textos como Petition of Rights (1629), o Habeas Corpus Act (1679) e principalmente o Bill of Rights (1689) entre outros, são expressões concretas dessa luta por limitar o poder real, que trouxeram como consequência direitos dos cidadãos ingleses⁷¹.

Estas declarações de direitos constituem, a partir do século XVIII, um marco jurídico, onde declarando uma série de direitos individuais são positivados/normatizados com o intuito de salvaguardar algumas garantias gerais, e também alguns privilégios para um determinado grupo de pessoas, enumerando proibições de ações que a monarquia não poderia realizar. Conforme assinala Peces-Barba⁷², “A passagem dos direitos estamentais para o direito dos indivíduos ingleses marca a chegada do Estado Liberal”.

Essa inicial filosofia do direito inglês, pretendeu garantir a liberdade de pensamento, de imprensa, a segurança pessoal, as garantias processuais e a participação política, a qual, lentamente se desprende de suas dimensões estamentais para traduzir-se como representação individual. Porém, somente após a reforma eleitoral de 1832, é que a burguesia passou a ter participação significativa no poder⁷³.

A liberdade religiosa, no entanto, não foi reconhecida como direito pelos ingleses, tendo em vista a instituição da igreja da Inglaterra unida a

⁷⁰LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 34 (Trad. da Autora).

⁷¹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995. p. 147.

⁷²“El paso de los derechos estamentales a derechos de los individuos ingleses, marca la llegada del Estado Liberal” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 147 (Trad. da Autora).

⁷³PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995. p. 147.

coroa, desde Henrique VIII, separada de Roma, e cujo titular da coroa era o chefe da igreja. Assim, ainda muitos católicos e papistas foram perseguidos e considerados cidadãos de segunda classe até o século XIX⁷⁴.

1.1.5.2 O modelo americano

Importante influência no modelo incipiente americano foi a religiosa, derivada da presença entre os primeiros colonos de pessoas que fugiam da metrópole em razão da perseguição religiosa, a qual se traduz em uma explicação da origem do poder, por analogia ao pacto de Deus com seu povo, e sua interpretação da Bíblia. Essa influência se concretiza na referência dos textos a Deus, e ao dever de adoração e honra que merece, como no número 100 das Normas Fundamentais da Carolina na época das colônias, ou no artigo XVI da Declaração do Bom Povo da Virginia na época da independência. Assinala Peces-Barba⁷⁵ “Se pode dizer que a ética que influencia principalmente os textos americanos é a ética da graça, enquanto que no modelo francês é a ética laica da liberdade”.

Porém, os traços de uma interpretação racional e abstrata do jusnaturalismo foram sendo incorporados ao longo da história, dando lugar às declarações de direitos.

Em 4 de julho de 1776, o Congresso aprovou a Declaração da Independência, pela qual as treze colônias, as quais estavam sujeitas a uma dura exploração econômica do governo de Londres, se proclamam estados livres e independentes, desvinculadas de qualquer sujeição à Grã-Bretanha e à sua monarquia. No ano de 1788, pela Convenção da Filadélfia, foi aprovada a Constituição Federal, que entra em vigor em 1789, e seguindo o princípio da separação dos poderes teorizada por Locke e Montesquieu, atribui o poder legislativo, executivo e judicial a diferentes instâncias⁷⁶.

⁷⁴PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 147.

⁷⁵“Se puede decir que la ética que influye principalmente em los textos americanos es la ética de la gracia, mientras que en el modelo francés es la ética laica de la libertad” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 149 (Trad. da Autora).

⁷⁶MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi H. Chourk. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 67-68.

No ano de 1791, é acrescentada à Constituição Federal, sob a forma de emenda, uma declaração de direitos individuais, a Bill of Rights, dando início ao reconhecimento dos Direitos Fundamentais individuais dos cidadãos americanos.

A partir do século XVIII, os textos de Direitos Humanos farão compatíveis as idéias de liberdade dos ingleses com uma influência progressista do jusnaturalismo racionalista, e com uma identificação dos direitos como direitos naturais. Na Declaração da Independência, se incorpora uma terminologia que é produto da filosofia racional e abstrata do jusnaturalismo.

1.1.5.3 O modelo francês

O modelo francês rechaçará sua vinculação com o constitucionalismo histórico das leis fundamentais da monarquia francesa, e se construirá com base em um racionalismo laico, que contrasta também, nesse sentido, com o modelo americano, mais impregnado de valores religiosos.

Diferencia-se do inglês porque é produto de uma ruptura, de uma situação revolucionária e não de uma reforma, e do americano porque este solapa com o nascimento de um novo Estado independente, enquanto que França tem uma velha tradição política unitária que arranca do trânsito à modernidade⁷⁷.

Após haver abolido os direitos feudais em 4 de agosto de 1789, dá-se início a um debate para estabelecer uma declaração de direitos, e decide-se então, que a Constituição a ser elaborada, será precedida de uma Declaração de Direitos, dando ensejo assim a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual será um marco e estabelecerá uma nova legitimidade, expressa a fundamentação nascente do Estado Liberal⁷⁸.

Representa uma vocação de transcender sua origem histórica, os problemas da França que quer sair do Antigo Regime, e oferecer-se como modelo para toda a humanidade. Possui vocação de

⁷⁷“En su origen se diferencia del inglés porque es producto de una ruptura, de una situación revolucionaria y no de una reforma, y del americano porque éste solapa con el nacimiento de un nuevo Estado independiente, mientras que Francia tiene una vieja tradición política unitaria que arranca del tránsito a la modernidad” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 151 (Trad. da Autora).

⁷⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 151.

universalidade, com um traço quase religioso, apesar de que a mensagem, apensar da referência ao Ser Supremo e aos direitos naturais, apresenta um tenor laico, onde o sagrado é o homem. É o antropocentrismo levado a suas últimas conseqüências⁷⁹.

A Declaração reconhece a vinculação dos direitos com a Constituição, que supões a necessidade de positivação para reconhecimentos dos direitos. A lei como garantia de liberdade, traz uma nova dimensão da ação do Estado, como Estado Social, posto que a ação positiva dos poderes públicos satisfazendo as necessidades dos indivíduos, através do direito, ao é senão uma nova dimensão da relação entre a lei e a liberdade, a qual utiliza a lei para proporcionar ao indivíduo vantagens, as quais, não obteria por si só, e sem as quais não pode ser completamente livre. A lei emancipa o indivíduo do controle religioso e do controle político com o Estado liberal e pretende emancipá-lo dos condicionamentos econômicos e culturais com o Estado Social.

1.2 AS LINHAS DE EVOLUÇÃO E AS GERAÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os modelos iniciais citados seguiram em processo evolutivo, cuja descrição deve ser conhecida para a busca do “porque” dos direitos, assim, cumpre dar seguimento ao estudo identificando-se as linhas de evolução dos Direitos Fundamentais, a qual é de basilar importância para o entendimento das gerações dos mesmos. Conforme elucida o professor Garcia⁸⁰:

Estas linhas de evolução serão importantíssimas para se entender o contexto histórico, sobretudo a situação política, social e jurídica, do aparecimento das respectivas gerações de direitos fundamentais. De cada processo de evolução serão positivadas uma geração de direitos ou, como no caso dos dois últimos dois, surgirão novas esferas de defesa dos direitos, como no caso do

⁷⁹“Representa una vocación de trascender su origen histórico, los problemas de la Francia que quiere salir del Antiguo Regime, y ofrecerse como modelo para toda la humanidad. Posee vocación de universalidad, com un talante casi religioso, aun que el mensaje, a pesar de la referencia al Ser Supremo e a los derechos naturales, presenta un tenor laico, dondolo sagrado es el hombre. Es el antropocentris mollevado a SUS últimas consecuencias” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 153-154 (Trad. da Autora).

⁸⁰GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**.

processo de internacionalização – evidentemente a esfera internacional – e no caso do processo de especificação, além da positivação dos chamados “novos direitos” e dos “novíssimos direitos”, também surgirá uma nova esfera: a da pós-modernidade que se resume em direitos transfronteiriços, transnacionais e transindividuais, que traduzem as novas perspectivas do direito contemporâneo⁸¹.

Quanto ao estudo das gerações, adotar-se-á para o presente estudo, a divisão mais tradicional das gerações dos Direitos Fundamentais, a qual é apresentada por Karel Vasak⁸², responsável pela criação do termo “gerações de direito” em 1979. Essas gerações foram complementadas por Norberto Bobbio⁸³ e igualmente defendidas pelo professor Antonio-Henrique Pérez Luño⁸⁴.

1.2.1 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO – PRIMEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se extrai do processo histórico até aqui analisado, é principalmente no século XVIII, através do pensamento jusnaturalista racionalista, e do Iluminismo que se justifica a positivação dos direitos naturais.

O processo de formação ideal dos Direitos Fundamentais, anterior à positivação, é marcado por processos de transformações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade, a qual passará a reivindicar pela separação da ética pública da ética privada e conseqüentemente do Estado da religião, pela tolerância religiosa, pela humanização do direito penal e do processo penal e pela limitação do poder do Estado⁸⁵.

Supõe assim, a progressiva tomada de consciência da

⁸¹GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

⁸²VASAK, Karel. Pour un troisième generation des droits de l’homme. In: SWINARSKI, Christophe (Ed.). **Studies and Essayson International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet. Genève** – The Hague: ICRC – M. Nijhoff, 1984, p. 837-850.

⁸³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁸⁴LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La tercera generación de los Derechos Humanos.** Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

⁸⁵GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

necessidade de dotar a idéia dos direitos, que apareciam historicamente como direitos naturais, de um estatuto jurídico, que permita sua aplicação eficaz e a proteção real das pessoas titulares destes direitos. Com este ponto de vista encontramos a idéia de positivação de jusnaturalistas racionalistas como Pufendorf, Burlamaqui e Locke⁸⁶.

Assim a positivação deriva das próprias abordagens do *iusnaturalismo* racionalista, ao centrar o passo do Estado de natureza ao da sociedade no contrato social, assim como pela justificação, através do Poder, cuja primeira função soberana era criar o Direito.

As revoluções liberais ou burguesas, ao lutar pelas reivindicações aduzidas alhures, principalmente pela liberdade quanto à opressão do Estado, foram cruciais para a elaboração dos primeiros documentos de positivação de direitos individuais, quais sejam o

Bill of Rights inglês de 1689, as Declarações norte-americanas de Direitos de 1776 (especialmente a Declaração de Independência e a Declaração da Virgínia) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789, entre outras⁸⁷.

Este processo de positivação foi e ainda o é, vital para a eficácia e proteção dos Direitos Fundamentais. Sem a positivação os direitos não se completam, são apenas ideais morais, valores, que não existem plenamente enquanto não enraizados à realidade.

Os direitos somente tem sentido como moralidade crítica se pretendem ser Direito positivo, e se tem uma possibilidade, ainda que remota, de ser-lo. Se esta possibilidade não existe, não se pode falar em direitos fundamentais⁸⁸.

⁸⁶PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995, p. 157-158.

⁸⁷GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

⁸⁸“Sólo tienen sentido como moralidad crítica si pretenden ser Derecho positivo, y si tienen una posibilidad, aun que sea remota, de ser lo alguna vez. Si esta posibilidad no existe, no podemos hablar de derechos fundamentales”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995, p. 160 (Trad. da Autora).

Deste processo, emergem os Direitos ditos de primeira geração (direitos de liberdade), reconhecidos como direitos civis e políticos ou liberdades públicas, de cunho individualista e que serão Direitos do cidadão ante o Estado, de não atuação do Estado, conhecidos também como direitos negativos, ou seja, a realização dos interesses individuais protegidos por direitos subjetivos é atuada por um dever de abstenção, de não interferência do poder público.

Conforme enaltece o professor Garcia⁸⁹,

As liberdades positivadas inicialmente como consequência das chamadas revoluções burguesas, atualmente são direitos reconhecidos em todas as constituições dos países democráticos do mundo ocidental e, lógica e felizmente, catalogados em nosso atual texto constitucional no artigo 5º de excelente redação pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. A liberdade que dignifica a pessoa humana será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor António Pérez Luño(2006.p.28), este desenvolvimento histórico gerará o Estado Liberal de Direito que caracterizará o século XIX de nossa era⁹⁰.

Assim, os Direitos da primeira geração ou direitos de liberdade surgiram nos séculos XVII e XVIII. Nesta primeira geração estão compreendidos os direitos civis, também conhecidos como liberdades civis, inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, visto na época como grande opressor das liberdades individuais. Incluem-se nessa geração o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros, e foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais.

1.2.2. O PROCESSO DE GENERALIZAÇÃO – SEGUNDA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

⁸⁹GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

⁹⁰GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

O processo de generalização é conseqüência da dimensão igualitária, supondo a vontade de superar a realidade de alguns direitos não reconhecidos, ou desfrutados apenas por uma minoria.

As reivindicações do século XIX, são pelo reconhecimento e a proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade, ou seja, a luta é pela igualdade. Incluem-se nestes direitos alguns direitos de liberdade, como a liberdade de reunião e de associação, proibidas com a chegada dos burgueses ao poder, a fim de evitar a organização dos trabalhadores (proibição imposta pela Lei Chapellier de 1791) bem como a melhoria e generalização de alguns direitos políticos, como a universalização do sufrágio.

Trata-se de direitos sociais, os quais se tornaram parte integrante do conceito de cidadania do século XX, na medida em que inserem, ao lado das liberdades civis e políticas, no âmbito dos direitos públicos subjetivos, os quais o cidadão deve gozar para ser considerado como tal: o direito aos cuidados de saúde gratuitos aos mais necessitados, educação, assistência e bem-estar social, emprego, habitação, ambiente saudável... Com os direitos sociais, o cidadão realiza a sua personalidade, não mais se defendendo da invasão das autoridades públicas, mas pedindo-lhes benefícios, os serviços que o liberte de situações de necessidade. Por tal razão, esses direitos ou liberdades também são chamados positivos⁹¹.

A positivação destes direitos de segunda geração acontece apenas no início do século XX, e a *igualdade* como estabelecimento de uma ordem mais justa que deverá dignificar a pessoa humana, será seu signo e fundamento. Cumpre ressaltar que os direitos de liberdade, de igualdade e direitos políticos se comunicam em todas as gerações, eis que não são estanques. As gerações devem ser entendidas de forma complementar e não tem com o fito de superar umas as outras⁹².

⁹¹MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**, p. 115.

⁹²GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**.

Como exemplos históricos da positivação desta segunda geração de direitos, tem-se a Constituição Mexicana de 1917; a Constituição alemã de Weimar de 1919; a Constituição republicana espanhola de 1931, a Constituição brasileira de 1934, entre outras. Atualmente são direitos reconhecidos nas constituições dos países democráticos do mundo ocidental e presentes no artigo 6º a 11, da Constituição da República Federativa do Brasil⁹³.

Assim, fica caracterizada a transição de Estado Liberal para o Estado Social, ou seja, a passagem da dita primeira à segunda geração de direitos, onde na primeira se preconizava a abstenção ou omissão do Estado, e na segunda onde o Estado passa a ter atuação positiva para a concretização dos direitos⁹⁴.

1.2.3 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO

O processo de internacionalização trata-se de um processo incompleto, eis que se situa no âmbito jurídico da comunidade internacional, o qual carece ainda de poder político que garanta plenamente a eficácia desse ordenamento, encontrando-se ainda em sua fase embrionária⁹⁵.

Esse processo tem sua gênese principalmente nos anos posteriores à segunda guerra mundial, quando se irá produzir uma importante eclosão da tarefa internacional de proteção dos Direitos Humanos, refletida em muitos tratados setoriais⁹⁶ internacionais sobre reconhecimento e proteção internacional de Direitos Fundamentais.

O processo de internacionalização supõe a intenção de se buscar uma proteção integral com textos como as declarações liberais, ainda que

⁹³GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

⁹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004. p. 52-53.

⁹⁵PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general,** 1995, p. 173.

⁹⁶Como exemplos destes tratados setoriais, cita-se a Convenção para eliminação das formas de discriminação das mulheres (1979) e o Convênio OIT sobre igualdade de remuneração entre homens e mulheres (1951), os convênios que proíbem as discriminações raciais (1965), que reprimem e castigam o Apartheid (1973), que proíbem a tortura (1989) os que protegem os refugiados (1951 e protocolo de 1967), os que protegem os trabalhadores(múltiplos convênios da OIT) PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general,** 1995, p. 175 (Trad. da Autora).

ampliados por novos direitos produtos do processo de generalização. Entre estas declarações liberais estão a Declaração universal da ONU de 10 de dezembro de 1948, ou a Declaração americana dos direitos e deveres do homem de 1948.

Igualmente os tratados internacionais multilaterais com caráter universal como o Pacto da ONU sobre direitos civis e políticos de 1966, ou o de direitos econômicos, sociais e culturais também do ano de 1966, ou regionais, como o Convenio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos de 1950, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1970⁹⁷.

Denota-se assim que há um processo de internacionalização dos Direitos Humanos já instaurado, porém este processo encontra deficiências, conforme aponta Peces-Barba⁹⁸, principalmente diante da inexistência de um poder político supranacional com poderes plenos, que pudesse proporcionar o desenvolvimento do reconhecimento e proteção efetiva dos direitos a nível internacional, sem que com isso se revelasse com uma afronta à soberania dos Estados.

Ou dito de outro modo, o Direito internacional dos direitos humanos necessita de novos desenvolvimentos desde a perspectiva da solidariedade e de considerações elementares de humanidade, fundamentalmente no âmbito das garantias, assim como no reconhecimento de alguns direitos coletivos⁹⁹.

Embora ainda encontre barreiras quanto à efetividade do processo, imperioso se faz ressaltar outra dimensão destacável deste processo de internacionalização dos Direitos Humanos, que é o reconhecimento da subjetividade ao indivíduo, embora não em sua plenitude, do poder de reclamar internacionalmente a violação de seus direitos, e de possuir em casos ainda limitados legitimidade passiva para usufruir das conseqüências da violação do Direito internacional¹⁰⁰.

⁹⁷PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 176.

⁹⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 176.

⁹⁹“O dicho de outro modo, el Derecho internacional de los derechos humanos necesita de nuevos desarrollos desde la perspectiva de la solidaridad y de consideraciones elementales de humanidad, fundamentalmente em el ámbito de las garantías, así como em el reconocimiento de algunos derechos coletivos” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 177 (Trad. da Autora).

¹⁰⁰PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, 1995, p. 178.

Peces-Barba¹⁰¹ assinala que um valor que indubitavelmente pode impulsionar este processo é a luta pela Paz, e o rechaço de todas as guerras, enaltecendo a necessidade de um código ético com validade e eficácia jurídica, como o são os Direitos Fundamentais na comunidade internacional.

O processo de internacionalização, por sua fase ainda embrionária, não gera nenhuma nova geração de direitos, mas sim uma nova esfera de defesa dos direitos: a internacional. Embora ainda carecedores de maior eficácia e eficiência prática, em teoria já se está diante de um interessante sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos (ONU) e de proteção regional (OEA e Conselho de Europa)¹⁰².

1.2.4 O PROCESSO DE ESPECIFICAÇÃO – TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este processo, última linha de evolução dos Direitos Fundamentais, supõe uma ruptura com o modelo racional e abstrato, e uma certa aproximação ao modelo pragmático inglês, ao completar a idéia dos destinatários genéricos, os homens e os cidadãos, com a das pessoas identificadas como mulheres, crianças, administradores, consumidores, entre outros, e ao demonstrar também os conteúdos com a aparição de novos direitos, vinculados ao meio ambiente, à Paz, ao desenvolvimento, à criança e ao adolescente, à mulher, como exemplos.

A especificação se produz em relação aos titulares dos direitos, e também com os conteúdos destes direitos, traduzindo-se como um avanço do historicismo sobre o racionalismo, e parte da idéia de considerar os direitos mais especificamente para os mais necessitados.

Em relação aos titulares, o processo de especificação identifica os cidadãos em uma condição social ou cultural, ou mesmo física, em situação de inferioridade nas relações sociais, e busca corrigir ou equilibrar a proteção jurídica a estes indivíduos, os quais necessitam de especial atenção do

¹⁰¹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995. p. 179.

¹⁰²GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**.

Direito, não sendo suficiente os modelos genérico de Direitos Fundamentais para protegê-los¹⁰³.

Quanto ao conteúdo, assim como os direitos das gerações anteriores respondem aos valores superiores de liberdade, da igualdade ou de liberdade igualitária. No processo de especificação se encontra o fundamento no valor da solidariedade ou fraternidade, ou no valor da segurança jurídica em certos casos, juntamente com a solidariedade¹⁰⁴.

Salienta Garcia¹⁰⁵, quanto à exemplificação dessas especificações:

Em primeiro lugar quanto ao conteúdo: direito a um ambiente saudável e direito à paz, entre os considerados “novos direitos”; além dos “novíssimos direitos” referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética; e dos outros “novíssimos direitos” advindos das tecnologias de informação (internet) e do ciberespaço (...) E em segundo lugar especificados quanto ao titular: direito do consumidor; direito da criança e do adolescente; direito da mulher, direito do idoso, direito dos índios¹⁰⁶.

Estes os direitos provenientes do processo de especificação, do qual decorrem os direitos de terceira geração, denominados de difusos, coletivos ou “novos direitos”.

Quanto às características dos Direitos Fundamentais de Terceira Geração como difusos, calcados no valor solidariedade, também caracterizados como transindividuais, necessário se faz elucidar ainda a questão da transnacionalidade destes, como aborda o professor Garcia¹⁰⁷:

Algumas questões são diferenciadoras dos chamados direitos

¹⁰³PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995. p. 182.

¹⁰⁴PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995. p. 183.

¹⁰⁵GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

¹⁰⁶GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

¹⁰⁷GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

fundamentais de terceira geração, também chamados de ‘novos direitos’. Devido às suas especiais condições, diferentes dos demais direitos fundamentais como foi visto, os ‘novos’ direitos são: individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso considerados transindividuais. São transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional. São direitos relacionados com o valor solidariedade. Requerem uma visão de solidariedade, sem a mentalidade social de solidariedade não podemos entender os direitos difusos¹⁰⁸.

Tratando-se de direitos difusos, onde, ao revés do que ocorre quanto aos direitos coletivos, não se pode precisar o número de pessoas envolvidas, justamente por transpassarem fronteiras, e envolverem toda a comunidade mundial. Desastres naturais, a atual capacidade bélica dos Estados, a ameaça de uso de armas nucleares, as pesquisas relacionadas a engenharia genética, à bioética e a biotecnologia atingem o planeta como um todo, e assim, estes direitos devem ter tratamento especial e diferenciado.

Neste contexto, coaduna-se com o entendimento do professor Garcia, o qual, com fundamento na doutrina dos professores Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar, afirma que os Direitos Fundamentais de Terceira Geração são, ainda, direitos transnacionais.

Esclarecem Cruz e Bodnar, o conceito de transnacional:

Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados. Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a idéia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais.

¹⁰⁸ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Juruá: Curitiba, 2009, p. 179.

É como Ulrich Beck se manifesta, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante que já não se encaixa nas velhas categorias modernas¹⁰⁹.

Conforme ensina Maria José Añón Roig *apud* Garcia¹¹⁰, os direitos de terceira geração são direitos difusos, coletivos e individuais ao mesmo tempo. Os direitos da liberdade(primeira geração) são direitos individuais, os direitos de igualdade(segunda geração) são direitos individuais e coletivos e os direitos de solidariedade(terceira geração) seriam direitos individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo.

Repita-se que o direito tem por dever acompanhar os processos históricos, moldando-se às necessidades da humanidade, atendo-se a proteger os indivíduos e a regular as relações sociais. Desta feita, coaduna-se com o professor Luño, para o qual o processo de numeração de gerações de direitos nunca será uma obra fechada e acabada, nem mesmo uma geração de direitos irá superar a anterior, mas sim, irá prover subsídios para a efetiva proteção de “novos direitos” e dos direitos já consagrados, adaptados a realidade histórica experimentada.

1.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Feitas as considerações sobre o processo histórico de formação dos Direitos Fundamentais, e sobre as gerações que deram ensejo a positivação destes direitos, cumpre fazer uma análise acerca das características indispensáveis a valores, ou necessidades, que os elevem a condição de Direitos Fundamentais.

A efetiva realização dos Direitos Fundamentais está embasada em três dimensões desses direitos, quais sejam, a dimensão ética,

¹⁰⁹CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional.** Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>>. Acesso em 15 jun. 2012.

¹¹⁰GARCIA, Marcos Leite. **“Novos” Direitos Fundamentais:** características básicas. Disponível em WWW.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura...

dimensão jurídica e dimensão social, as quais lhes conferem validade, vigência e eficácia. Passa-se a estudar cada uma destas dimensões no intuito de uma integral compreensão da formação destes direitos.

1.3.1 PRETENSÃO MORAL JUSTIFICADA – DIMENSÃO ÉTICA

Os Direitos Fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos os quais foram se formando a partir da modernidade. Assim os Direitos Fundamentais devem partir de uma pretensão moral justificada na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana, passível de ser atribuída a todos os destinatários possíveis, sejam eles genéricos – ao homem, ou ao cidadão -, ou a setores específicos – aos trabalhadores, mulheres, consumidores entre outros¹¹¹. Como esclarece Peces-Barba¹¹², os Direitos Fundamentais são:

Uma pretensão moral justificada tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas idéias de liberdade e igualdade, com os matizes que aportam conceitos com solidariedade e segurança jurídica, e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista¹¹³.

Assim, para ultrapassar a condição de um direito natural, ou uma idéia, no intuito de se constituir em um direito fundamental, seu conteúdo deve estar imbuído dos fundamentos acima descritos, ou seja, “Algo que seja contrário a dignidade da pessoa humana, ou a liberdade e a igualdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental”¹¹⁴.

Ainda, esta pretensão moral justificada deve ser passível de ser positivada, vez que igualmente para traduzir-se como direito fundamental, e

¹¹¹GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

¹¹²PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995, p. 109.

¹¹³“Uma pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las idéias de libertad e igualdad, com los matices que aportan conceptos como solidariedad jurídica, y construida por la reflexión racional em la historia del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general, 1995, p. 109. (Trad. da Autora).

¹¹⁴GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

atingir a exigibilidade perquirida, deve estar prevista expressamente em um texto legal.

Assim estamos considerando duas das dimensões de seu conceito integral: o conceito ou visão integral dos direitos fundamentais pode ser compreendido, em primeiro lugar, sob dois pontos de vista ou dimensões: uma dimensão ética, que se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada ser humano como pessoa mora, e por outro lado a dimensão jurídica, que reconhece e explica a incorporação dos direitos ao direito positivo¹¹⁵.

Esta primeira dimensão dos Direitos Fundamentais, visa a responder à fundamentação teórica do *por que* dos Direitos Fundamentais, e, enraizada no pensamento racional dos pensadores do trânsito a modernidade, pretende sistematizar o conteúdo ético desses direitos a fim de possam vir a ser caracterizados como Direitos Fundamentais.

1.3.2 POSSIBILIDADE DE SER UMA NORMA JURÍDICA E EXIGÍVEL – A DIMENSÃO JURÍDICA

Em um segundo momento, os Direitos Fundamentais devem ser um subsistema dentro do sistema jurídico, ou seja, há que se vislumbrar a possibilidade de haver a segurança jurídica de que esta pretensão moral justificada possa ser tecnicamente incorporada a uma norma, que pode obrigar seus destinatários quanto às obrigações jurídicas, a fim de que seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e igualmente possa atribuir como direito subjetivo, liberdade ou imunidade a titulares específicos¹¹⁶.

Então os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios,

¹¹⁵GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

¹¹⁶PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 109-110.

instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia. Partindo dessa proposta de definição podemos averiguar que o que hoje consideramos direitos fundamentais, e que efetivamente se encontram em nosso texto constitucional como tal: uma vez que, por exemplo, todos os direitos fundamentais encontrados na CRFB/88 são todas pretensões morais justificadas positivadas seguidas por suas respectivas garantias¹¹⁷.

A compreensão dos Direitos Fundamentais neste momento, através da dimensão jurídica, e da possibilidade de garantias aos respectivos direitos é feita à luz da moralidade, legalidade e realidade fática, e é o estudo da questão do *para que* dos Direitos Fundamentais.

1.3.3 UMA REALIDADE SOCIAL – A DIMENSÃO SOCIAL

Em terceiro lugar, os Direitos Fundamentais são uma realidade social, ou seja, atuante na vida social, e portanto, sua existência está condicionada a fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favoreçam, dificultem ou impeçam sua efetividade¹¹⁸.

Elucida Peces- Barba¹¹⁹:

Assim o analfabetismo, dimensão cultural, condiciona a liberdade de imprensa; e os progressos da técnica em um determinado momento da cultura científica, por exemplo, com os progressos das comunicações, condicionam a idéia de inviolabilidade de correspondência; ou a escassez de bens pode condicionar ou impedir, tanto para a existência de uma pretensão moral à

¹¹⁷GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

¹¹⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 112.

¹¹⁹PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 112.

propriedade pelo seu impossível conteúdo igualitário, quanto de uma norma jurídica pela impossível garantia judicial¹²⁰.

Os Direitos Fundamentais são o reflexo dos anseios e necessidades da sociedade, calcados na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na solidariedade, e, em assim sendo, como visto, tem relação de dependência direta com a dimensão social para sua efetividade.

Não dependem apenas de ser uma pretensão moral justificada, passível de ser positivada com as garantias de efetividade, mas depende tanto mais do entorno social favorável para sua efetividade, sendo que este mesmo cenário social, econômico ou cultural, conforme assinalado pelo professor Peces-Barba, pode dificultar ou impedir a sua efetividade.

Daí a necessidade de não se conformar com um conceito de Direitos Fundamentais fechado, encerrado, mas a partir deste ponto de vista se compreende as raízes das sucessivas gerações de direitos e se pode antever, que ainda haverão muitos ajustes e adaptações a serem providenciadas, em futuro breve, para se abarcar os “novos direitos” e as novas lutas e anseios destes decorrentes.

¹²⁰“Así el analfabetismo, dimensión cultural, condiciona la libertad de prensa; y los progresos de la técnica em um determinado momento de la cultura científica, por ejemplo com los progresos de las comunicaciones, condicionan la idea de la inviolabilidad de la correspondência; o la escasez de bienes puede condicionar o impedir, tanto la existencia de uns pretension moral a la propiedad por el imposible contenido igualitário, quanto la de uma norma jurídica por la imposible garantia judicial” PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, 1995, p. 112. (Trad. da Autora).

CAPÍTULO 2

DA GUERRA E DA PAZ

Para fins trilhar o caminho necessário para o intuito de bem delimitar o tema proposto, com o escopo de prover a compreensão indispensável para seu deslinde, mister se faz trazer a lume, aspectos destacados da guerra, a evolução normativa neste sentido bem como aqueles inerentes à Paz, e a sua classificação como direito fundamental de terceira geração.

2.1 DO *JUS IN BELLO* E O *JUS AD BELLUM*

Antes de adentrar propriamente no tema proposto, é adequado ainda, fazer uma abordagem sumária e didática de duas expressões utilizadas dentro do tema. O *Jus in Bello* e o *Jus ad Bellum*

O Direito da Guerra é dividido em dois ramos, o *jus ad bellum* e o *Jus in Bello*. O primeiro refere-se às normas que regulam o direito de recorrer ao uso da força no Direito Internacional. O Segundo refere-se às normas que regulam o exercício do uso da força, isto é, quais as armas e métodos de combate são permitidos uma vez que Estados ou grupos irregulares fazem uso da força. Em ambos os ramos há o requisito da proporcionalidade. Enquanto a proporcionalidade é um requisito do direito de legítima defesa, de acordo com o direito costumeiro, no *Jus in Bello*, a proporcionalidade refere-se ao direito humanitário, conforme abordagem a seguir.

Estas são concepções bem distintas: no *jus ad bellum*, a proporcionalidade refere-se a ameaça representada pelo ataque armado que precede o uso da força em legítima defesa, noção presente no Direito Penal; no *Jus in Bello* a proporcionalidade diz respeito às regras do direito humanitário, tais como a proteção de civis em conflitos armados, e limitações ao uso da força visando a proteção de civis¹²¹.

Estes dois ramos também derivam de sistemas normativos distintos. O *jus ad bellum* é regulado pela Carta da ONU, e tem por fundamento o

¹²¹REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p.368.

princípio da proibição do uso da força, com base no artigo 2.4¹²². A única exceção a este princípio fundador da atual ordem internacional é o direito de legítima defesa, com base no artigo 51¹²³. O *Jus in Bello* é regulado por tratados internacionais, principalmente as Convenções de Genebra de 1949 e os Protocolos adicionais de 1977¹²⁴.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIZAÇÃO JURÍDICA ACERCA DA GUERRA

Desde os primórdios, a guerra sempre foi elemento presente como meio para se solucionar conflitos ou disputas, sendo que o seu resultado prático, seria a prevalência da lei do mais forte, diante de que inicialmente, eram inexistentes quaisquer normas ou leis que determinassem seus limites.

Na idade média o status da guerra era natural, e o que as legitimava era a vontade do soberano em assim agir, seja para conquistar um território, ou qualquer outro objeto de sua vontade. As guerras mais constantes eram guerras travadas pela fé, pensava-se que o próprio Deus as ordenava¹²⁵. As populações vencidas eram escravizadas e sujeitas às vontades dos vencedores.

No transcorrer do tempo, foi exurgindo a preocupação, ainda que tênue, sobre como amenizar os efeitos colaterais das guerras, principalmente amparada no princípio da dignidade da pessoa humana, o que deu origem a acordos entre os chefes militares.

¹²²Artigo 2.4 “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas” Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹²³Artigo 51 “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais” Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹²⁴Ver Infrações graves especificadas nas Convenções de Genebra de 1949 e no Protocolo adicional I de 1977. Disponível em: <<http://icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/5TINDEX>>.

¹²⁵GENTILI, Alberico. **O direito de Guerra**. Coleção Clássicos do Direito Internacional. Ijuí: Unijuí, 2005, p.93.

Em meados do século XIX, os velhos acordos de comandantes foram normatizados, e assim surgiu o primeiro corpo de normas para regulamentar a proteção das vítimas de guerra. Pretendia-se proteger as vítimas, e foi a partir deste momento que o Direito Internacional começou a versar sobre a Paz, ditando normas que regulariam condutas nos conflitos armados, ressaltando a necessidade de se buscar a solução pacífica de controvérsias, em detrimento da guerra.

A primeira codificação se deu no ano de 1856, após a guerra da Criméia e, posteriormente, houve a Declaração de São Petesburgo de 1868, seguida da Declaração de Bruxelas de 1874 e da Convenção de Genebra de 1864, as quais versaram sobre os Direitos Humanos, sendo que nesta última, foram positivados os preceitos humanitários costumeiros do *Jus in Bello*¹²⁶.

Na Convenção de Genebra de 1864 foram lançadas portanto, as bases do Direito Internacional Humanitário que se conhece hoje, sendo que atualmente as Convenções de Genebra protegem 4(quatro) categorias de pessoas: feridos, náufragos, prisioneiros e civis.

As Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 são 4(quatro) tratados internacionais (ratificados por quase todos os países do mundo) que formam a base do Direito Humanitário moderno e determinam o tratamento de soldados e civis durante os conflitos.

Estas foram desenvolvidas e complementadas pelos Protocolos Adicionais de 1977, e pelo recente III Protocolo Adicional de 2005, referente ao novo emblema.

As Convenções têm por base o respeito pelo ser humano e pela sua dignidade. Obrigam a que as pessoas que não participem diretamente nas hostilidades e aquelas que sejam postas fora de combate por doença, ferimento, cativo ou qualquer outra causa, sejam respeitadas. Obrigam também a que as pessoas sejam protegidas contra os efeitos da guerra e a que aquelas que sofrem sejam socorridas e tratadas sem distinção. São elas:

¹²⁶REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, 2005 p. 370.

- I Convenção - Melhorar a situação dos feridos e dos doentes das Forças Armadas em campanha.
- II Convenção - Melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar.
- III Convenção - Tratamento dos prisioneiros de guerra.
- IV Convenção - Proteção de civis em tempo de guerra.

Os Protocolos Adicionais I e II, de 8 de Junho de 1977, vêm distinguir os conflitos armados internacionais dos não-internacionais. Assim, de acordo com o Protocolo I, as guerras de libertação nacional têm de ser tratadas como conflitos de carácter internacional. Contudo, hoje em dia a maioria das guerras já não são travadas entre dois ou mais Estados, daí haver a necessidade de o Protocolo II vir especificar melhor algumas provisões aplicáveis nestes casos.

O III Protocolo Adicional de 8 de Dezembro de 2005 formalizou a adoção do terceiro emblema do Movimento, o Cristal Vermelho.

A Cruz Vermelha¹²⁷ é uma denominação genérica originariamente baseada nas idéias do referido suíço Henri Dunant, mas que teve, em data posterior, um desenvolvimento impulsionado pelos próprios Estados; trata-se, portanto, de um fenómeno intimamente associado ao desenvolvimento do Direito Humanitário Internacional. O Movimento compreende, na verdade, três realidades: a) o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, uma ONG de Direito suíço, sediada em Genebra, b) as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha, ou do Crescente Vermelho, entidades nacionais, pessoas jurídicas de Direito Privado, constituídas segundo as leis dos países em que estão sediadas e, enfim, c) a Federação das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, entidade que congrega as associações nacionais dedicadas ao Direito Humanitário, sediada em Genebra.

¹²⁷Fundado em 1863, o CICV trabalha no mundo todo para levar assistência humanitária às pessoas afetadas por conflitos e pela violência armada e para promover as leis que protegem as vítimas da guerra. É uma organização independente e neutral e seu mandato deriva essencialmente das Convenções de Genebra, de 1949. Com sede em Genebra, Suíça, a organização tem cerca de 12 mil funcionários em 80 países; é financiada, sobretudo, por doações voluntárias dos governos e das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/who-we-are/index.jsp>>. Acesso em 2 jul. 2012.

Como entidade suprema do Movimento, as mencionadas Convenções de Genebra de 1949, instituíram uma Conferência Internacional, composta de delegados dos Estados Partes nas mesmas, e que se reúne a cada 4 anos, e que no intervalo das sessões, funciona na forma de um Comitê Permanente, com sede em Genebra; trata-se, na verdade, da técnica que foi aperfeiçoada pelos tratados e convenções internacionais atuais, de instituição de um órgão de controle de aplicação e aperfeiçoamento dos seus dispositivos constantes nos tratados e convenções internacionais. Importa notar que todos os bens afetados ao “Movimento”, na sua atuação internacional ou no interior dos países, bem assim como seus funcionários e pessoas a seu serviço, gozam de privilégios e imunidades, outorgados pelas citadas Convenções de Genebra, com a finalidade de proteger os serviços e as funções¹²⁸.

Em 1899 e 1907, são produzidas as convenções de Haia que trazem evoluções como a proibição do lançamento de bombas por balões, a do uso de gases asfixiantes, o aspecto ritualístico da prévia declaração de guerra. Dentre as contribuições para o Direito da Guerra, dadas por Haia, algumas sobrevivem ao tempo, agrupando-se em três princípios básicos: proteção aos não combatentes, a limitação dos alvos atacáveis aos objetivos militares, e a proibição do uso de armas ou métodos demasiadamente cruéis¹²⁹.

Foi apenas em meados do século XX, após a primeira grande guerra (1914-1918), que se vislumbrou uma real intenção em configurar-se a guerra como ilícito para o direito, quando em 1919 através do Pacto da Sociedade das Nações, a guerra foi determinada como recurso a ser preterido ante os demais, e, finalmente, no Pacto Briand-Kellog, ou Pacto de Paris de 1928, passa a ser condenada.

Em 1945, a Carta das Nações Unidas proíbe-a expressamente, sendo esta a norma internacional fundamental a qual rege a ilicitude da guerra, e de qualquer outro uso de força ou ameaça de tal atitude, em

¹²⁸PEYTRIGNET, Gérard. **Sistemas Internacionais de Proteção da Pessoa Humana**: O Direito Internacional Humanitário. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard e SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos Humanos** - Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados.

¹²⁹REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p. 370.

que pese ainda excetuar os casos de direito natural de legítima defesa, individual ou coletiva.

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, veio a proibição formal e extensiva do direito à guerra. A Carta das Nações Unidas, concluída em São Francisco, em 26 de junho de 1945, estabelece a abolição de se recorrer a guerra, como meio lícito de solução de conflitos.

O artigo 1 da Carta da Nações Unidas, ao determinar os seus objetivos, inclui a manutenção da Paz e a segurança internacionais, e para esse fim utilizar-se de meios pacíficos para a solução de controvérsias¹³⁰. Em seu artigo 2 parágrafo quarto¹³¹, determina que os membros deverão absterem-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, e nos artigos 23¹³² e seguintes, constitui o Conselho de Segurança ao qual incumbe a decisão por determinar quais atos são atentatórios à Paz, e por decidir sobre o uso da força coletiva contra outro Estado. No artigo 51¹³³, prevê autonomia dos Estados quanto à legítima defesa nos casos de prévia agressão armada de outro estado, devidamente provada e jamais de modo preventivo, até que o Conselho

¹³⁰Art. 1º. “Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os actos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz; (...)”Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹³¹“Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas; (...)”Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹³²Art. 24. (...) §1º. “A fim de assegurar uma acção pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles” Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹³³Art. 51. “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a acção que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais” Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

de Segurança tenha tomado as medidas para manutenção da Paz e da segurança internacionais.

Embora a Carta das Nações Unidas tenha por escopo justamente a manutenção da Paz e da segurança nacionais, em face dos dispositivos referentes à possibilidade de se socorrer-se dos confrontos armados para fins de legítima defesa, ao que se extrai, tal dispositivo deu ensejo à interpretações no sentido de, assim amparados, fomentar novamente a discussão e defesa da expressão da “Guerra Justa”, ou seja, a guerra supostamente legalizada, diante de que amparada por disposições legislativas.

2.1.1 DA GUERRA JUSTA

A teoria da Guerra Justa tem suas origens no pensamento de Cícero, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e Hugo Grotius, sob o escopo de que a guerra é uma extensão do ato de governar, sem que com isto todas as guerras se justifiquem moralmente. A idéia de Guerra Justa foi amparada nos conceitos do *ius ad bellum* e do *ius in bello*.

Como elucida Ferrajoli, a teoria da Guerra Justa, classicamente enunciada por São Tomás (1225-1274) e retomada mais tarde, por Alberigo Gentili e Francisco Suárez, foi formulada sobre três condições de *ius in bellum*, as quais seriam definidoras do conceito, quais sejam: *iusta causa*, *auctoritas principis*, *intentio recta*. No entanto esclarece o momento histórico em que foi defendida, tendo sido concebida não para legitimar, senão para frear o recurso à Guerra em tempos em que a Guerra era um meio ordinário de solução de controvérsias internacionais, justamente em face da ausência de normas internacionais de direito positivo que as limitassem. Tratava-se da ideia da Guerra como reparação ou como sanção¹³⁴.

Com Alberico Gentili e, principalmente, com Hugo Grotius, a teoria a Guerra Justa passou a fazer parte da teoria do direito internacional, codificada a partir de critérios e regras que até os dias de hoje, com algumas modificações, pautam os debates sobre o assunto¹³⁵.

¹³⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Madrid: Trotta, 2004, p. 30.

¹³⁵REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p. 368.

A teoria da Guerra Justa faz uma distinção entre o uso justificável e não justificável da força, visando conceber meios de limitar o recurso à Guerra e torná-la mais humana. A Guerra é aceita como um instrumento para o estabelecimento da Paz e da justiça, e estaria moralmente autorizada sob certas condições, tais como: 1. Uso da força como último recurso; 2. Causa justa, tal como a proteção dos Direitos Humanos; 3. Intenção correta, que deve ser o estabelecimento da Paz; 4. Proporcionalidade apropriada; 5. Autoridade e liderança competentes; 6. Alta probabilidade de sucesso; 7. Discriminação entre combatentes e não-combatentes¹³⁶.

No entanto, todas essas justificativas entraram em crise na época contemporânea no plano do direito, com a exclusão da Guerra da Carta da ONU. Precisamente porque se revelaram inaceitáveis, em qualquer caso, no plano da justiça, justamente em face de que as justificações do ultrapassado direito natural, não são suficientes nem mesmo eficazes levando-se em conta as Guerras contemporâneas, principalmente em face do farto armamento bélico existente, com mísseis e armas nucleares, não mais estão adstritos a um território, mas colocando em risco todo o cenário internacional, afligindo inocentes¹³⁷.

Ferrajoli¹³⁸ descreve o cenário atual, e a insustentabilidade da teoria em tempos hodiernos:

Se esta hoje é a guerra, o paradigma da guerra como sanção ou reparação e totalmente inútil. Antes de mais nada porque a guerra atual, ao golpear inevitavelmente também às populações civis, se converte em uma sanção infligida aos inocentes, em contraste com o princípio elementar da responsabilidade pessoal e da exclusão de responsabilidade por efeitos colaterais. Em segundo

¹³⁶REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p. 369.

¹³⁷“Si esta es hoy la guerra, el paradigma de la guerra como sancion o reparaciones del todo inutilizable. Antes que nada porque la Guerra actual, al golpe ariinevitavelmente tambien a las poblaciones civiles, se convierten en una sancion infligida a inocentes, en contraste con elemental principio de la responsabilidad personal y de la exclusion de responsabilidad personal y de da exclusion de responsabilidad hecho sajenos. En Segundo lugar, porque la Guerra ha llegado a ser desmesurada e incontrollable, sujeta inevitablemente a escalation hasta la destruccion del adversario, y como tal, desproporcionada a cualquier violacion” FERRAJOLI, Luigi. **Razones juridicas del pacifismo**, p. 30 (Trad. da Autora).

¹³⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**, p. 30.

lugar, porque a guerra hoje é desmesurada e incontrolável, sujeita inevitavelmente a chegar ao ponto de destruição do adversário, e como tal, desproporcionada a qualquer violação¹³⁹.

Neste cenário esclarece o referido autor, que não há dúvidas quanto ao crime gravíssimo cometido por Sadam Hussein ao ocupar o Kuwait (1990), porém nenhum crime justifica a matança de milhares de inocentes cuja única culpa consistia em serem governados por um ditador feroz e irresponsável, e nenhuma proporção existe entre a ofensa grave de ocupação do Kuwait e os terríveis bombardeios de Bagdad e Bassora, ou ainda pior, ao massacre de milhares de soldados iraquianos em fuga quando o objetivo da liberação do Kuwait já havia sido alcançado¹⁴⁰.

Defendem os doutrinadores, como os ora citados, que é razoável suspeitar que a recente revitalização da discussão acerca da possível justiça das Guerras, se deve ao intento de legitimar certas Guerras acontecidas durante os últimos anos e qualquer outra que possa vir a ocorrer em um futuro próximo. Conforme elucida Manrique, ao exemplificar neste contexto as últimas Guerras iniciadas pelo governo americano e apoiadas por estados aliados:

Quem decide fazer guerra quatro vezes em doze anos necessita de boas razões para tanto, razões de justiça precisamente, porque a guerra está sujeita a uma presunção de injustiça no discurso ideológico dominante no ocidente¹⁴¹.

Assim, para doutrinadores como Ferrajoli, Federico Ramírez, Ricardo García Manrique, entre outros, a Guerra entre Estados, precisamente por suas características destrutivas não admite hoje justificativas morais e políticas. Trata-se de um mal absoluto e uma regressão ao estado selvagem, sendo-lhe impossível denominar qualquer Guerra como justa. Nas palavras de Ricardo García Manrique:

¹⁴⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 31.

¹⁴¹“Quien decide hacer la guerra cuatro veces en solo doce años necesita buenas razones para ello, razones de justicia precisamente porque la guerra está sujeita a una presunción de injusticia en el discurso ideológico dominante en occidente” ARCOS, Federico Ramirez. Se puede hablar de guerras justas? In: CAMPOY, Ignacio *et al* (Eds.). **Desafios actuales a los derechos humanos**: Reflexiones sobre el derecho a la paz. Madrid: Dykinson, 1995, p. 115 (Trad. da Autora).

Uma guerra desenvolvida em determinadas circunstâncias que impeçam de se atuar justamente pode ter sido uma guerra necessária, uma guerra compreensível e/ou uma guerra pela qual não se podem exigir responsabilidades. Mas isso não significa que seja uma guerra justa¹⁴².

2.3 SOBRE A PAZ

A palavra Paz, do latim *pax*, *pacis*, assume diversos sentidos. Genericamente é a ausência de conflitos, estabelecimento da ordem entre a parte e o todo, chegando a confundir-se com o conceito de felicidade.

No entanto, como enuncia Bobbio¹⁴³, “uma definição não pode deixar de começar pela delimitação do campo”. Para o autor, “a Paz na sua acepção mais geral, significa ausência (ou cessação, solução etc.) de um conflito: por Paz interna entende-se a ausência de um conflito interno, compreendido como um conflito entre comportamentos ou atitudes do mesmo ator; por Paz externa, a ausência de um conflito externo, entendendo-se este como um conflito entre indivíduos ou grupos diferentes.” Assim o tema da Paz interna pertence à moral, e o seu tratamento é tarefa habitual dos moralistas; o tema Paz externa pertence ao direito, e o seu tratamento é tarefa habitual dos juristas¹⁴⁴.

Esclarece Bobbio¹⁴⁵:

De passagem, pode-se acrescentar que o vínculo entre os dois significados de paz foi salientado muitas vezes também do ponto de vista axiológico, especialmente por parte das filosofias espiritualistas, enquanto consideram a paz interior a “verdadeira” paz da qual depende a paz exterior, ou até como condição necessária ou suficiente, ou necessária e suficiente para a consecução da paz entre indivíduos ou grupos¹⁴⁶.

Segue o autor, esclarecendo que o conceito ou definição de Paz, só pode ser definido em relação estreita com a definição de Guerra, sendo a

¹⁴²MANRIQUE, Ricardo Garcia, *apud* ARCOS, Federico Ramirez. **Se puede hablar de guerras justas?**, p.136.

¹⁴³BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, Trad. Alvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003.p. 138.

¹⁴⁴BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p. 138.

¹⁴⁵BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p. 139.

¹⁴⁶BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p.139.

definição de Paz sempre definida pelo conceito de Guerra. “Enquanto a guerra é definida positivamente com a enumeração de conotados caracterizantes, ‘paz’ é definida como ausência de guerra, mais abreviadamente como não-guerra”¹⁴⁷.

E enaltece o conceito técnico jurídico positivo e negativo de Paz:

No seu sentido negativo, a paz é um estado de coisas genérico (o estado de não-guerra); no seu sentido positivo, a paz é um estado específico, previsto e regulado pelo direito internacional, um estado que vem a ser determinado em seguida a um acordo com o qual dois Estados cessam as hostilidades e regulam as suas relações futuras¹⁴⁸.

Ainda, este autor, ao referir-se a conceito e formas de pacifismo, aborda o conceito de Paz a ser considerado para este fim:

A paz que o pacifismo tem em mira não é uma paz qualquer, não é e não pode ser apenas uma paz de equilíbrio que por sua natureza é instável, e muito menos uma paz de império ou de hegemonia que se rege por uma relação entre superior e inferior, na qual o inferior não aceita mas suporta o estado de não-guerra imposto pelo superior, e na qual, portanto, o estado de não-guerra é para o inferior também um estado de submissão. A paz que o pacifista tem em mira só pode ser uma paz de satisfação, isto é, uma que é o resultado da aceitação consciente, como só pode ser a paz instituída entre partes que não tem mais reivindicações recíprocas a apresentar. Só uma paz desse tipo é que se pode ansiar que seja duradoura. Além disso, a paz que o pacifista tem em mira tende a ser universal, ou seja, tende a abarcar todos os Estados existentes¹⁴⁹.

Muitos outros autores contribuíram e vem contribuindo para a conceituação desta Paz externa. Historicamente tem-se que como ponto de partida, a obra do holandês Hugo Grotius (1583-1645) “O direito da guerra e da paz” publicada em 1625, onde postula um direito comum a todos os povos, válido

¹⁴⁷BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p. 140.

¹⁴⁸BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p. 144.

¹⁴⁹BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p. 156.

para a Guerra e na Guerra, de forma que ela só possa ser desenvolvida de acordo com normas explícitas. A contribuição de Grotius ao mesmo tempo em que colaborou para o fim da doutrina da Guerra Justa, radica em abrir um caminho para a doutrina da mediação e arbitragem nas questões de Guerra e Paz.

Da mesma forma contribuíram para essas reflexões Thomas Hobbes (1588-1679), no *Leviatã*, Bento Espinosa (1632-1677) no seu “Tratado Político”, e John Locke (1632-1704), no “Segundo tratado sobre o governo civil”, com a ênfase no papel do Estado na garantia da paz, Immanuel Kant (1724-1804) publicou “À Paz Perpétua”, em 1795, o qual foi um marco profundo na filosofia moderna e na modernidade.¹⁵⁰

Hobbes¹⁵¹ parte do estado natural considerado como estado de Guerra universal e perpétua. Nesse sentido, o estado natural é uma condição da qual a humanidade deve necessariamente sair, para tanto a Paz deve ser procurada. A política de Hobbes é baseada na contraposição entre estado natural como estado de Guerra e sociedade civil como estado de Paz, em que o primeiro termo indica um estado de coisas condenado como um mal absoluto; o segundo, u estado de coisas aprovado como um bem absoluto.

Para Locke¹⁵², há uma contraposição do estado natural de Guerra ao direito natural que ordena a Paz, e foi para evitar a Guerra que os homens se organizaram em sociedade.

Kant¹⁵³ toma por ponto de partida que o estado natural dos homens que vivem juntos é antes de Guerra do que de Paz; um estado de constante ameaça, ainda que não declarada.

Considera, portanto, que é necessário a instauração de um estado de Paz. Como a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de Paz, é

¹⁵⁰GUIMARÃES, Marcelo Rezende. **Educação para a paz**: sentidos e dilemas. Rio Grande do Sul: Universidade Caxias do Sul, 2008, p. 113.

¹⁵¹*apud* BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias da paz**, p. 144.

¹⁵²LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil, ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes; Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p.94.

¹⁵³KANT, Immanuel. **Paz perpétua**. Um projeto Filosófico. Trad. Artur Morão. Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Luso Sofia press, 2008, p.34

preciso detalhar positivamente em que consiste o estado de Paz internacional, devendo esta ser conquistada com vistas a uma Paz perpétua, sendo inclusive necessário, entre outros procedimentos que ressalta, uma confederação entre os Estados para instituí-la, a fim de formar-se uma federação de Paz distinta do pacto de Paz, o qual apenas tem por objetivo acabar com uma Guerra, enquanto àquela intenta acabar com todas as Guerras para sempre¹⁵⁴.

Kant¹⁵⁵ define a Paz como projeto filosófico, e assim sendo, a Paz assume uma perspectiva transcendental, radicando sua essência no sujeito racional e livre, retirando a Paz do domínio religioso, do imaginário utópico e do sentimento comum. Kant afirma que

a razão, de cima de seu trono do poder legislativo moralmente supremo, condena absolutamente a guerra como procedimento de direito e torna, ao contrário, o estado de paz um dever imediato¹⁵⁶.

Neste contexto, a partir do Iluminismo, teve início o questionamento quanto à famigerada concepção da inevitabilidade da Guerra, e a necessidade de uma ordem de Paz baseada na razão. A Paz fundamentada não somente como a ausência de Guerra em determinado momento, mas sim como uma condição perpétua, traduzindo-se a sua instituição como dever dos Estados, como parte do projeto da modernidade para vencer a barbárie, e evitar a volta a estes tempos.

2.3.1 A PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA GERAÇÃO

O avanço das modernas tecnologias de informação, tem possibilitado que se adquira consciência universal dos perigos mais terríveis que ameaçam a sobrevivência da espécie humana, entre eles o desenvolvimento atual da indústria bélica mundial. Esta conscientização fez com que a temática da Paz adquirisse um protagonismo indiscutível no sistema das necessidades

¹⁵⁴KANT, Immanuel. **Paz perpétua**. Um projeto Filosófico, p.35.

¹⁵⁵KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Antonio Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 80.

¹⁵⁶KANT, Immanuel. **À paz perpétua**, p. 80.

insatisfeitas do homem e dos povos da nossa era, e fez repercutir a projeção desta como direito fundamental¹⁵⁷.

As palavras do professor Luño descrevem o cenário dramático da realidade vivida, e faz ecoar a urgente necessidade de conscientização de todos quanto à proteção do direito a Paz como direito fundamental, eis que, todos os demais Direitos Fundamentais deste dependem ou estão diretamente relacionados.

Não há como dissociar o direito à Paz dos demais Direitos Fundamentais, todos os demais derivam ou estão intimamente ligados ao direito à Paz. O estado de Guerra, dificulta senão impossibilita a proteção dos Direitos Fundamentais.

Em que pese a clarividência da afirmação acima, a qual denota a importância ímpar, ou vital do tema, este ainda é precariamente tratado pela doutrina e comose refere o professor Garcia,

alguns teóricos rechaçam o direito à paz como um direito humano, com base em que o uso da guerra é de fundamental importância para a manifestação da paz e a defesa dos próprios direitos fundamentais; como exemplo, o professor Peces-Barba segue esse entendimento¹⁵⁸.

No entanto, a posição da presente proposta, é pelas vias dos pacifistas, ou seja, pela defesa do direito a paz como direito fundamental, e pela existência de um mundo sem armas e menos violento, fundamentada nos preceitos da Carta da ONU e na lição de pacifistas institucionais como o professor Luigi Ferrajoli, cuja teoria sobre o Pacifismo Jurídico será estudada em tópico específico a seguir.

Conforme assinala Bonavides¹⁵⁹, no âmbito do constitucionalismo normativo contemporâneo, o reconhecimento do direito a Paz compreende um dos mais importantes progressos da humanidade. O seu

¹⁵⁷LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La tercera generación de los derechos humanos**, p. 29 (Trad. da Autora).

¹⁵⁸CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**, p. 188.

¹⁵⁹BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008, p. 83.

reconhecimento e proteção são bases das constituições modernas democráticas, como assim o faz a constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o resguarda no inciso VI do art.4º como um dos princípios que regem as relações internacionais do país.

Para o professor Luño¹⁶⁰ a temática da Paz tem adquirido um protagonismo indiscutível no sistema das necessidades insatisfeitas dos homens e dos povos do último período deste século, principalmente em razão do desenvolvimento atual da indústria bélica, com a proliferação de armas nucleares o que pode levar o planeta inteiro a sucumbir, ou transformá-lo num imenso cemitério.

Para Pettiti¹⁶¹, o direito à Paz, tutelando a sobrevivência humana, é condição para a efetivação dos Direitos Humanos e do direito de modo amplo; é um direito que enseja a possibilidade de que o indivíduo tenha o direito a ter direitos, como um fim em si mesmo, concebida a liberdade como sua auto-realização, que tem como eixo o desenvolvimento do potencial humano. A segurança estrutural e subjetiva individual é condição *sine qua non* do desenvolvimento e manutenção da própria racionalidade.

Portanto, o direito à Paz é oponível ao Estado e a ele é exigível, mas não pode ser efetivado senão pela ação concomitante de todos os atores do jogo social: Estado, indivíduo e entidades públicas e privadas. É um direito único, bipolar em seu exercício, como direito individual e coletivo, porém múltiplo em sua manifestação. O direito à Paz é um direito humano, um direito da nação, um direito do povo, um direito da humanidade, e não um direito do Estado¹⁶².

Historicamente, Karel Vasak (1979), então publicista da UNESCO, precursor da divisão dos Direitos Fundamentais em gerações, foi também precursor na questão de considerar a Paz como direito fundamental, ao inserí-lo no rol dos direitos de terceira geração.

¹⁶⁰LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La tercera generación de los derechos humanos**, p. 29.

¹⁶¹PETTITI, Louis. The Third Annual Hammer Conference on Peace and Human Rights, 1980, *apud* ASSMAN, Bárbara Rodrigues. Reflexiones jurídicas y políticas sobre el derecho a la paz. **Revista de Ciências Jurídicas**, San José, v. 55, p. 37, 1986.

¹⁶²VARGAS, Diego Urise. **La tercera generación de derechos humanos y la paz**. Colômbia: Plaza y Janes, 1983, p. 34.

O fez com base em dois documentos históricos: 1) a Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em Paz – Resolução 33/73 aprovada na 85 sessão plenária da Assembléia Geral em 15/12/1978, a qual recorda dois outros instrumentos de consenso internacional como base, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; e 2) na Proclamação da OPANAL – Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina, de 1979¹⁶³.

No entanto, conforme aduz Bonavides¹⁶⁴, ao que se extrai não o fez de forma completa, quando não elucidou as razões que a elevam à categoria de norma.

Destarte, com o fito de talvez suprir a lacuna identificada naquele momento, e para fins didáticos, de antemão cabe buscar identificar o direito a Paz com relação aos requisitos elencados pelo professor Peces-Barba, os quais, assim presentes, estariam a justificar a existência de um direito, como direito fundamental, embora, repita-se, este próprio autor não reconheça o direito a Paz como tal.

Como visto alhures, para o professor, um direito fundamental deve partir de uma pretensão moral justificada, passível de ser atribuída a todos os destinatários possíveis, sejam eles genéricos ou específicos. Quanto a este ponto, certo é que o direito a Paz se traduz em uma pretensão moral justificada na solidariedade e é, por sua natureza, atribuível a todos os seres, em caráter universal.

Destaca ainda que esta pretensão moral justificada deve ser passível de ser positivada, uma vez que os Direitos Fundamentais devem deter a possibilidade ou estar previstos em um texto legal. No que tange a possibilidade de positivação inúmeros são os textos legais edificados com o propósito de salvaguardar esse direito a todos os seres humanos.

No caso brasileiro, o direito à Paz adquire projeção na ordem interna e na ordem internacional. No primeiro sentido, no preâmbulo da

¹⁶³BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 83.

¹⁶⁴BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 83.

Constituição, o constituinte expressa sua intenção de que o Estado brasileiro seja fundado na harmonia social, comprometendo-se “(...) na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias (...)”¹⁶⁵.

Logo, o direito à Paz aparece no marco de um subsistema principiológico, no artigo 4º, incisos VI e VII onde são consignadas a defesa da Paz e a solução pacífica dos conflitos¹⁶⁶.

Desta feita, vislumbra-se que no texto constitucional assegura-se a solução pacífica de controvérsias aliadas à defesa do direito a Paz. Como visto, a Constituição do Brasil, o consagra no artigo 4º, à maneira de princípio; a Constituição da Colômbia, por sua vez, o faz no artigo 22; a Constituição da Guatemala de 1985 trata do direito no artigo 2º; a da Venezuela, no artigo 3º, para tão somente mencionar alguns Textos Constitucionais do contexto latino-americano¹⁶⁷.

Na esteira desse raciocínio, é importante ressaltar a Carta das Nações Unidas, que ao estabelecer seus objetivos e princípios no primeiro dos seus artigos, expõe:

Artigo 1º. Os propósitos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no

¹⁶⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/index.shtm>. Acesso em 18 jun. 2012.

¹⁶⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/index.shtm>. Acesso em 18 jun. 2012.

¹⁶⁷ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O Direito à Paz: A Constitucionalização de um Direito Fundamentalmente Humano**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo –SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2518.pdf>. Acesso em 18 jun. 2012.

respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; (...) ¹⁶⁸.

Mais adiante, no artigo 2º, é possível observar, nos pontos 3 e 4:

Artigo 2º. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

(...)

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas ¹⁶⁹.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também pode e deve ser considerada fonte do direito fundamental à Paz. É o que se extrai das considerações iniciais:

Preâmbulo

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

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi

¹⁶⁸Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹⁶⁹Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum¹⁷⁰.

Atente-se que referida Declaração tem por escopo que o direito humano à Paz seja considerado um pressuposto axiológico e lógico para uma sociedade justa e fraterna.

E ratifica ainda no artigo XXVIII da Declaração:

Todos ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados¹⁷¹.

No mesmo norte, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento estabeleceu nas suas considerações: “(...) que a paz e a segurança internacional são elementos essenciais à realização do direito ao desenvolvimento (...)”¹⁷².

E proclamou no seu artigo 5º:

Artigo 5º - Os Estados tomarão medidas resolutas para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por situações tais como as resultantes do apartheid, de todas as formas de racismo e discriminação racial, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação¹⁷³.

De tudo resulta que, sem dúvida, o direito à Paz e a prevenção de conflitos nacionais e internacionais é considerado um direito fundamental a ser assegurado pelo Direito Constitucional e no âmbito

¹⁷⁰Disponível em [HTTP://unicrio.org.br/imgDeclU_D_HumanosVersoInternet](http://unicrio.org.br/imgDeclU_D_HumanosVersoInternet). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹⁷¹Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹⁷²Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

¹⁷³Disponível em [HTTP://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

internacional, traduzindo o direito a Paz como pretensão moral justificada positivada.

Em um segundo momento, os Direitos Fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia¹⁷⁴.

Nas sociedades democráticas nacionais o direito à Paz deve vir assegurado na própria Constituição, que lhe outorga uma impar força normativa, contendo um sentido ético e jurídico, qualidades dos Direitos Fundamentais.

No âmbito internacional, a criação da ONU no pós-Guerra ao prever em seus objetivos, a manutenção da Paz, e ao rechaçar o uso da força, submetendo ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da Paz e da segurança internacionais, conforme os objetivos e princípios das Nações Unidas, deu azo a inúmeros tratados internacionais que tem consolidado essa garantia, através de controle de suas prerrogativas e métodos para controlar e garantir o cumprimento das obrigações pelos Estados, à luz da moralidade, da legalidade e da realidade fática.

Quanto aos mecanismos de proteção, Carlos Villán Duran se refere a um Código Internacional dos Direitos Humanos, cujo núcleo está composto por mais de 140 tratados internacionais e protocolos de direitos humanos, que colocam em funcionamento um conjunto institucional que se encarrega de supervisionar, controlar e garantir o cumprimento das obrigações por parte dos Estados. Logo, Villán Duran se detém nos mecanismos de proteção, distinguindo entre mecanismos contenciosos, quase-contenciosos e não convencionais. Entre os primeiros destaca-se a Corte Internacional de Justiça, os Tribunais Internacionais de

¹⁷⁴GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais.**

Direitos Humanos, como a Corte Penal Internacional e os Tribunais Regionais, como o do Conselho de Europa, a Organização dos Estados Americanos e a Organização da Unidade Africana¹⁷⁵.

Ainda, Ferrajoli¹⁷⁶ destaca:

Incorporando como princípio fundamental a proibição da guerra, a Carta da ONU tem transformado a injustificabilidade moral da guerra – de qualquer guerra – em sua ilegalidade ou ilicitude. Deste modo, a questão da injustiça da guerra tem sido em grande parte superada pela afirmação de sua ilegalidade. Tanto é, portanto, o valor garantista do direito positivo. Esta transforma o princípio da paz em direito certo e vigente, ancorado em normas positivas e subtraído da opinião, diferentemente do que ocorre com os juízos de valor em matéria de justiça¹⁷⁷.

Em terceiro lugar, a existência de um direito fundamental está condicionada a fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favoreçam, dificultem ou impeçam sua efetividade¹⁷⁸.

O direito à Paz, como os demais Direitos Fundamentais depende de uma série de fatores como a conscientização da sociedade em relação aos seus Direitos Fundamentais, da necessidade de se proteger a vida, de políticas públicas que rejeitem o uso da força como mecanismo de solução de conflitos, e principalmente a superação da fragilidade internacional.

Desta feita, como salienta Alarcón “a disciplina jurídica se inclina a que quanto mais sejam minimizadas as causas da violência maiores serão os alcances das políticas de Paz. Logicamente que, nesse processo de

¹⁷⁵DURÁN, Carlos Villán. **Curso de Derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2002, p.20

¹⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Edição de Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004, p. 32.

¹⁷⁷“Incorporando como principio fundamental la prohibición de la guerra, la Carta de la ONU ha transformado la injustificabilidad moral de la guerra – de cualquier guerra – en su ilegalidade o ilicitude. De este modo, la cuestión de la injusticia de la guerra ha sido en gran parte superada por la afirmación de su ilegalidade. Tal es, por lo demás, el valor garantista del derecho positivo. Éste transforma el principio a la paz en derecho cierto y vigente, anclado en normas positivas y sustraído a la opinión, a diferencia de lo que ocurre son los juicios de valor en materia de justicia” FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**, p. 32 (Trad. da Autora).

¹⁷⁸PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**, p. 112.

redução de causas da violência o Estado se re-legitima e o Direito adquire um sentido concreto¹⁷⁹.

O direito à Paz é proclamado como direito transindividual, coletivo ou difuso, pelo que sua tutela deve ser igualmente coletiva ou difusa, e, portanto, todos os seres humanos são titulares do Direito à Paz, e estão individualmente considerados como legitimados para acudir aos organismos competentes para efetivar a pretensão quando ameaçado ou lesado.

A efetividade do direito à Paz implica que os direitos que se encontram com ele em franca interdependência passam a ter maiores e melhores condições de proteção, como a vida, a liberdade, a igualdade, a tolerância, a não discriminação, a solidariedade e o próprio meio ambiente.

No primeiro parágrafo da introdução do livro “A era dos direitos”, Bobbio¹⁸⁰ já salientava a relação entre Paz e direitos do homem, afirmando que a “paz (...) é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional”. Ou seja, Paz e direitos do homem devem ser considerados simultaneamente, sob pena de perdendo-se um, o outro se esvaír.

Notória é assim a projeção positiva do direito fundamental à Paz, o qual exige a participação ativa, a ação do Estado para fins de assegurar uma cultura de Paz, construindo políticas públicas para este fim, e, indubitavelmente devido a esses e outros elementos, o direito à Paz requer de um fortalecimento dos sistemas de proteção nacionais e internacionais de Direitos Humanos.

O professor Paulo Bonavides, tem defendido o reconhecimento da Paz como direito fundamental, e sua aplicação na jurisprudência, embora, em seu entendimento, esteja a Paz dentre os direitos de quinta geração. Assim manifesta-se:

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de

¹⁷⁹ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O Direito à Paz: A Constitucionalização de um Direito Fundamentalmente Humano**, p. 8788.

¹⁸⁰BOBBIO Norberto. **A era dos direitos**, p. 1.

humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito de quinta geração¹⁸¹.

E ao responder ao questionamento de como fazê-lo assim responde:

Colocando-o nas declarações de direitos, nas cláusulas da Constituição (qual fez no art. 4, VI da Lei Maior de 1988), na didática constitucional, até torná-lo, sem vacilação, positivo, e normativo e, uma vez elaborada a consciência de sua imprescindibilidade, estabelecê-lo por norma das normas dentre as que garantem a conservação do gênero humano sobre a face do planeta¹⁸².

Imperioso destacar que o direito a Paz inclusive já figurou em preceito jurisprudencial, o que ocorreu em sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da República de Costa Rica, proferida em 8 de setembro de 2004, quando o Tribunal declarou inconstitucional o ato executivo de ingresso daquela república na coligação de Estados que, debaixo da liderança dos Estados Unidos, para intervenção no Iraque, caso o governo dos Estados Unidos não cumprisse as resoluções das Nações Unidas pertinentes à proibição de armas estratégicas supostamente depositadas no território iraquiano pelo regime de Sadam Hussein, utilizando-se como um dos fundamentos do acórdão o direito a Paz, reconhecido e aplicado como direito positivo¹⁸³:

Paralelamente, a Sala detecta a presença, nestas ações, do direito à paz, a que reconhece a condição de direito de terceira geração (...), do qual dá legitimidade a qualquer costarriquenho para defendê-lo. O Tribunal entende que se trata de um direito

¹⁸¹BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 86.

¹⁸²BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 86.

¹⁸³BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 84.

que diz respeito à coletividade em seu conjunto, como o atinente ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, à defesa da integridade territorial do país e ao bom manejo do gasto público, e , por fim, segundo o art. 74 parágrafo 2 da Lei de jurisdição constitucional (quem em Costa Rica equivale a um código de processo constitucional) se reconhece legitimação processual a qualquer cidadão do país¹⁸⁴.

“A paz é uma condição fundamental para se desfrutar de todos os Direitos Humanos, em particular o da vida”, afirmou em Genebra o diplomata cubano Juan Antonio Quintanilla, ao intervir na oitava sessão do Comitê Assessor do Conselho de Direitos Humanos da ONU, realizado no dia 27 de fevereiro de 2012. O representante cubano declarou que, para preservar e promover a Paz, é necessário erradicar tudo aquilo que a ameaça, como a Guerra e, em particular, a possibilidade do uso de armas nucleares¹⁸⁵.

O diplomata cubano recordou a recente reflexão do líder da Revolução Cubana, Fidel Castro, intitulada "A paz mundial pende de um fio", na qual Castro aborda a "situação política criada em torno do Irã e os riscos de uma Guerra nuclear que envolveria a todos, possuam ou não tais armas" e prosseguiu: “Cuba tem liderado um crescente movimento em favor da codificação do direito à paz e em seu empenho conta com o apoio da imensa maioria da comunidade internacional e de milhares de organizações não governamentais”¹⁸⁶.

Por iniciativa de Cuba, o Conselho de Direitos Humanos adotou várias resoluções e encomendou ao Comitê Assessor a redação de um projeto de declaração sobre o tema, o qual deve ser apresentado ao Conselho durante sua 20ª sessão regular em junho, quando se espera estabelecer um grupo de trabalho intergovernamental de composição aberta que negociará o texto para sua posterior adoção pela Assembleia Geral da ONU¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica *apud* BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 85.

¹⁸⁵ Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=176630&id_secao=7>. Acesso em 18 jun. 2012.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=176630&id_secao=7>. Acesso em 18 jun. 2012.

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=176630&id_secao=7>. Acesso em 18 jun. 2012.

No âmbito nacional, esclarece o professor Bonavides¹⁸⁸, que o tema do direito a Paz, e sua elevação ao grau de direito fundamental, foi objeto de conferência no 9º Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado na cidade de Curitiba/PR, o qual contou com a presença de 2.000 pessoas de 20 Estados da Federação e de outros países. Bonavides assim identificou o momento histórico: “A paz logrou ali a dignidade teórica de um direito e de um princípio constitucional, constando da carta que o plenário daquela assembleia de juristas da América Latina e da Europa aprovou por aclamação”¹⁸⁹.

Falta buscar agora a sua universalização, fazendo-o constar em todas as Constituições bem como buscar o fortalecimento da sociedade internacional, através da conscientização da necessidade de preservação da vida e da rejeição à violência, reconhecendo enfim a Paz com um Direito Fundamental a ser garantido a todos os seres humanos.

Como visto, o caminho para uma conscientização universal da Paz como direito está sendo traçado e um proveitoso percurso já foi percorrido. Está-se cada vez mais diante de um tempo em que parece indeclinável o dever constitucional de se resgatar, através da vontade consciente, a Paz perpétua assim definida por Kant, como um direito, extraindo-a do plano da utopiae da moralidade, para a esfera da positividade jurídica e da conscientização coletiva, diga-se, para a própria sobrevivência dos seres humanos. Como salienta Bonavides¹⁹⁰: “Quem conturbar essa Paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana”.

¹⁸⁸BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 92.

¹⁸⁹BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 92.

¹⁹⁰BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**, p. 92.

CAPÍTULO 3

O PACIFISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI

3.1 AS FORMAS DE PACIFISMO

Norberto Bobbio, ainda no ano de 1966, embora somente publicado pela primeira vez no ano de 1979, escreveu seu primeiro ensaio sobre a formação daquela que então se começava a chamar a “consciência atômica”, ou seja, para a conscientização da novidade absoluta da Guerra nuclear em relação a todas as Guerras do passado, vindo assim a ser publicado o livro: O problema da Guerra e as vias de Paz.

Para o autor “A guerra é principalmente concebida como negação do direito; o direito, por sua vez, como afirmação ou reafirmação da paz”¹⁹¹, porém já destacava “A guerra é um evento não necessário, mas possível”¹⁹².

Para tanto, ao discorrer sobre a gravidade do tema, onde as armas termonucleares não distinguem nada nem ninguém, sendo que provavelmente neste contexto sequer haverá ganhadores ou perdedores, tendo em vista que o próprio agressor corre o risco de ser acometido pela destruição hedionda das armas nucleares, insiste que para a formação de uma consciência atômica, deve-se atingir a raiz do problema, ou seja considerar a eliminação da Guerra, fazendo da Guerra uma via bloqueada¹⁹³.

Referido autor faz menção assim, a diversas formas de pacifismo, e inicialmente diferindo o pacifismo passivo, para o qual basta a constatação de que a Paz é um fim inevitável, no qual a humanidade chegará pela constatação de que a Guerra é uma via bloqueada, como se isso bastasse, e o pacifismo ativo “O pacifismo ativo coloca-se diante da Guerra como o

¹⁹¹BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 564.

¹⁹²BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 68.

¹⁹³BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 58-62.

comunismo diante da propriedade (individual) e a anarquia diante do Estado”, pois, “já que a guerra não pode mais ser limitada, é preciso eliminá-la”¹⁹⁴.

Distinguiu assim, três formas de pacifismo ativo.

O Pacifismo Instrumental: constituindo-se em busca da Paz através do desarmamento, e das tentativas sem substituir os meios violentos por meios não violentos, buscando a partir de outros meios os mesmos resultados, sendo que neste ponto alinha-se aos ensinamentos de Gandhi. O Pacifismo Instrumental é a ética da renúncia total à violência, “segundo a qual o recurso à violência é jamais justificado, nem sequer como *extrema ratio*”, sendo não só “moralmente bom como politicamente eficaz”¹⁹⁵.

O Pacifismo Institucional: o qual é dirigido ao Estado, buscando-se a Paz através do direito com a instituição de um Terceiro, acima das partes, bastante forte para poder prevenir os tradicionais conflitos entre os Estados e, caso ocorram os conflitos, para limitar suas consequências, e legitimado ao mesmo tempo pelo consenso da grande maioria dos Estados que compõem o sistema internacional¹⁹⁶.

Por outro lado, o pacifismo finalista vislumbra a Paz duradoura através da atuação sobre o homem, buscando respostas para as motivações da Guerra. Bobbio¹⁹⁷ indica duas linhas de posições completamente opostas: 1. os materialistas para os quais a Guerra é uma situação explicável por psicólogos, sociólogos etc., sendo que a Paz pode ser atingida através da cura com terapias, indicadas por médicos, psicólogos e outros profissionais; 2. do outro lado estão os espiritualistas, para quem a Guerra é um mal moral e a Paz pode dar-se pela conversão, pela pedagogia dos sacerdotes, moralistas, filósofos, dentre vários.

Para o julgamento destas formas de pacifismo, Bobbio¹⁹⁸ sugere dois critérios, que são a exequibilidade e a eficácia,

descobre-se o paradoxo de que o primeiro é o mais exequível e o

¹⁹⁴BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 96-97.

¹⁹⁵BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 100.

¹⁹⁶BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 96-97.

¹⁹⁷BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 21.

¹⁹⁸BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 21.

menos eficaz, o terceiro seria o mais eficaz se fosse exequível, pelo menos num prazo não muito longo, não tão longo que não conseguisse evitar a morte universal, o segundo é menos exequível que o primeiro mas ao mesmo tempo menos eficaz que o terceiro¹⁹⁹.

Conclui no entanto, dando preferência ao último, qual seja o institucional, centralizado na figura do Terceiro do lado de fora ou acima das partes, sem hesitar em afirmar a ausência deste ente, ou a débil presença deste no sistema internacional, e que seria alcançável apenas numa progressiva democratização do sistema e numa progressiva ampliação da área dos Estados democráticos²⁰⁰.

Ressalta a consciência quanto aos limites também desta forma de pacifismo, que não exclui até mesmo pressupõe o Pacifismo Instrumental, ou a política do desarmamento, e encoraja e até exige o pacifismo ético, e conclui

É um pacifismo que não elimina o uso da força, mas o limita; não constitui certamente uma alternativa à violência, mas apenas uma redução, seja restringindo o número de agentes autorizados a usá-la, seja controlando a natureza dos meios aptos a rechaçar a violência ilícita. A única alternativa à violência seria a prática generalizada da não-violência individual ou coletiva²⁰¹.

Sobre a relação entre os diversos modelos de pacifismo, Bobbio²⁰² afirma que “a paz hoje é uma tarefa demasiado importante para que se deixe de percorrer todos os caminhos que possam levar, mais cedo ou mais tarde, à meta”. Além do mais, afirma ele, as três vias são compatíveis, pois, “podem ser percorridas paralelamente sem cruzar-se, como de fato está acontecendo nas conferências de desarmamento, no reforço da organização da comunidade internacional, na expansão dos movimentos pela não-violência”²⁰³. São vias

¹⁹⁹BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 21.

²⁰⁰BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 21.

²⁰¹BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 22.

²⁰²BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 134.

²⁰³BOBBIO, Norberto. **O problema da Guerra e as vias de paz**, p. 134.

possíveis de serem percorridas paralelamente, e ainda tendem a se reforçarem reciprocamente.

3.2 O PACIFISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI

O jurista italiano Ferrajoli²⁰⁴ na obra “Razones Jurídicas del Pacifismo²⁰⁵”, discorre acerca da problemática da Guerra, e das razões de defesa do pacifismo, a princípio, institucional, porém sem excluir as demais vias, partindo da avaliação do ponto de vista jurídico das últimas Guerras havidas, quais sejam dos Balcãs, Afeganistão, Guerra do Golfo e Iraque, sob o viés da tutela dos direitos dos mais débeis e da proteção dos Direitos Fundamentais, defendendo assim a necessidade de limitação e do controle do poder dos mais fortes, seja no âmbito público ou privado, a partir de uma lógica garantista.

Como salienta Pisarello²⁰⁶, na introdução da referida obra, a principal diferença do conteúdo desta obra de Ferrajoli, consiste na sua radical oposição entre Guerra e direito, principalmente a partir da exclusão da Guerra da Carta da ONU de 1945, afirmando, sem exceções, que uma Guerra jamais poderá ser qualificada como legal ou justa, porque a contradição entre Guerra e direito assim não o permite. Assim defende Pisarello²⁰⁷:

Essa convicção não só tem permitido uma luz sugestiva e concepção renovada do pacifismo jurídico, mas também superar as inconsistências que cometeram alguns dos seus mais emblemáticos representantes. O próprio Kelsen, apesar de seu firme compromisso de assegurar a paz através do direito passou a considerar que, em alguns casos, a guerra poderia ser uma sanção legítima no direito internacional. Bobbio, reconhecido

²⁰⁴Luigi Ferrajoli (nascido em Florença em 06 de agosto de 1940) é um jurista italiano considerado um dos principais teóricos do garantismo jurídico. Ferrajoli exerceu como magistrado entre 1967 e 1975; de 1976 a 1979 foi decano da Facoltà dei Giurisprudenza da Universidade de Camerino, cujo Istituto dei studistorico-giuridici, filosofici e politici dirigiu em diferentes períodos entre 1980 e 1996. Autor de trezentas publicações, entre elas vinte livros, de sua ampla bibliografia destacam, entre outros títulos, “Democracia autoritária e capitalismo maduro”, “Direitos e garantias. A lei do mais débil”, “Os fundamentos dos direitos fundamentais” e “Direito e razão, teoria do garantismo penal”. Disponível em: <<http://noticias.universia.es/translate/es-pt/vida-universitaria/noticia/2009/01/14/576943/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-doctor-honoris-causa-uclm.html>>.

²⁰⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Ed. Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.

²⁰⁶In: FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**.

²⁰⁷In: FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**.

mestre de Ferrajoli, brindou seu apoio à primeira Guerra do Golfo. Jürgen Habermas falou a favor da intervenção humanitária da OTAN nos Balcãs. E Michael Walzer, editor da revista Dissent e um principal teórico dos limites da guerra justa no mundo anglo-saxónico, não hesitou em apoiar a invasão dos EUA no Afeganistão após os ataques às Torres Gêmeas²⁰⁸.

Nesse contexto, a concepção de Ferrajoli²⁰⁹, como se verá de minúcia a seguir, se dá a partir de que, para o autor, a história não deve se resumir no triunfo inevitável do mais forte, mas sim, a um processo aberto, conflitivo, onde o ponto de vista garantista, sempre terá algo a opor às formas de barbárie que supõem a existência de poderes concentrados e absolutos.

3.2.1 GUERRA, JUSTIÇA E DIREITO.

Para tratar deste tópico o jurista parte de um ponto específico, qual seja a Guerra do Golfo (1990), a qual, a seu ver, assumiu um ponto decisivo na história da humanidade, e mudou radicalmente o horizonte existencial, eis que a Guerra que havia sido removida dos horizontes como um mal absoluto, proibida como um tabu pelos pactos constitucionais e internacionais realizados após a Segunda Guerra Mundial, não só se produziu, como foi legitimada como justa e legal pelos governos ocidentais, pela imprensa, e por vozes autorizadas da cultura. Para o autor, essa foi a sua terrível novidade²¹⁰.

Embora outras Guerras houvessem ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos, foi a primeira vez que em torno da tese da ilegalidade da Guerra, enquanto Guerra da ONU, ou pior, autorizada pela ONU, se formou o conceito de Guerra legítima entre os países do ocidente. A preocupação do autor fica clara ao identificar que, embora a divulgação desta tese como oficial não

²⁰⁸“Esa convicción no solo le ha permitido alumbrar una su gerente y renovada concepción del pacifismo jurídico, sino también sortear las incoherencias en las que han incurrido algunos de sus representantes más emblemáticos. El propio Kelsen, a pesar de su decidida apuesta por garantizar la paz a través del derecho llegó a considerar que en ciertos casos la guerra podía ser una sanción legítima en el ámbito del derecho internacional. Bobbio, reconocido maestro de Ferrajoli, brindó su apoyo a la primera guerra del Golfo. Jürgen Habermas se pronunció a favor de la intervención humanitaria de la OTAN en los Balcanes. Y hasta Michael Walzer, editor de la revista Dissent y destacado teórico de los límites de la guerra justa en el mundo anglosajón, no dudó en respaldar la invasión estadounidense de Afganistán tras los atentados contra las Torres Gemelas” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 13 (Trad. da Autora).

²⁰⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 14.

²¹⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 27.

queira dizer que seja fundada, corre-se o risco de que seja aceita e se estabeleça de maneira acrítica nas consciências²¹¹.

Aduz que houve notória confusão sobre a justificação da referida Guerra, tratando-se duas questões distintas: a da legitimidade ou legalidade e a da justiça desta Guerra, sendo que os intervencionistas preferiram argumentar o apoio à Guerra no terreno ético-político da justiça, ignorando o jurídico da legalidade, inclusive confundindo as duas esferas²¹².

Quanto ao problema da ilegalidade ou da não legalidade da Guerra é uma questão jurídica que depende da existência ou não de normas de direito positivo que a proíbam, enquanto o problema da justiça é, ao contrário, uma questão ético-política independente do que dizem as normas jurídicas, e faz referencia unicamente a uma questão que afeta a esfera da moral e da política²¹³.

Esclarece que uma Guerra poderia ser justificada por razões extra-jurídicas, de tipo econômico, político e até moral, e pode ser também considerada lícita ou ilegal, quando existam normas de direito positivo que a proíbam, no entanto nunca poderá ser qualificada de legal, porque a contradição entre o direito não o permite.

Sua tese de total ilegalidade das Guerras se dá portanto, na total impossibilidade de conexão do direito com a Guerra, em razão de que o direito é por natureza um instrumento de Paz, uma técnica para solução pacífica de controvérsias e para regulação e limitação do uso da força.

A paz é sua essência íntima, e a guerra sua negação, ou quando menos, a constatação e efeito da sua ausência nas relações humanas assim como do caráter pré-jurídico, carente de regras e selvagem²¹⁴.

Ultrapassada a questão da total ilegalidade da Guerra por sua total contradição com o direito, a Guerra contemporânea não admite ainda, para o autor, qualquer justificação moral e política.

²¹¹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 28.

²¹²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 28.

²¹³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 28.

²¹⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 29.

As Guerras tradicionais, até o século passado, consistiam em enfrentamentos circunscritos, de exércitos profissionais, retratando-se em espécie de duelos ou batalhas em que a população civil em geral não participava. Muito distintas são as Guerras contemporâneas

(...) não somente atômica, senão também a convencional, que se desenvolve com mísseis e bombardeios sobre as cidades e que tem anulado todos os limites naturais que no passado haviam circunscrito a lógica de destruição intrínseca da guerra²¹⁵.

Justamente o caráter destrutivo das Guerras contemporâneas aniquila qualquer intenção de se retratar a Guerra como método de sanção ou reparação, pois, ao atacar inevitavelmente também as populações civis, se converte em uma sanção infligida a inocentes, em contraste com o elementar princípio da responsabilidade pessoal e da exclusão de responsabilidade por efeitos colaterais bem como porque a Guerra chegou a ser desmesurada e incontrolável, sendo levada inevitavelmente até a destruição do adversário, e assim é desproporcional a qualquer violação²¹⁶. E segue o autor:

Não há dúvidas que Saddam Hussein cometeu com a ocupação do Kuwait um crime gravíssimo. Porém, nenhum crime justifica a matança de dezenas de milhares de inocentes, cuja única culpa consistia em ser governados por um ditador feroz e irresponsável. E nenhuma proporção existe entre a ofensa, grave, da ocupação do Kuwait, e os terríveis bombardeios de Bagda e Basora, ou pior ainda, o massacre de milhões de soldados iraquianos em fuga quando já o objetivo da liberação do Kuwait havia sido alcançado²¹⁷.

²¹⁵“(...) no sólo la atómica, sino también la convencional, que se desenvuelve com misiles y bombardeos sobre las ciudades y ha anulado todos los limites naturales que en el pasado habían circunscrito la lógica de destrucción intrínseca a la guerra” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 30 (Trad. da Autora).

²¹⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 31.

²¹⁷“No hay duda de que Saddam Hussein cometió com la ocupación de Kuwait um crimen gravísimo. Pero ningún crimen justifica la matanza de decenas de miles de inocentes, cuya única culpa consistía en ser gobernados por um dictador feroz e irresponsable. Y ninguna proporción existe entre la ofensa, desde luego grave, de la ocupación de Kuwait, y los terribles bombardeos de Bagdad e Basora, o peoraún, la massacre de miles de soldados iraquíesen fuga cuando ya el objetivo de la liberación de Kuwait había sido alcanzado” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 31 (Trad. da Autora).

Em resumo, como salienta o jurista, a Guerra entre Estados, precisamente por suas intrínsecas características destrutivas, não admite hoje justificações morais e políticas.

3.2.2 A PROIBIÇÃO DA GUERRA NA CARTA DA ONU. GUERRA E USO LEGÍTIMO DA FORÇA

Precisamente a consciência da absoluta falta de legitimação da Guerra e de seu atual potencial destrutivo é o que está na origem da Carta da ONU, a qual, incorporando como princípio fundamental a proibição da Guerra, transformou a impossibilidade de justificação moral de qualquer Guerra, em sua ilegalidade ou ilicitude²¹⁸.

Ao prever em seu preâmbulo e em seu artigo 11²¹⁹ a proibição da Guerra, superou a questão da ilegitimidade da Guerra, pela afirmação de sua ilegalidade, conferindo o garantismo jurídico ao direito positivo, o qual transforma assim a Paz em direito certo e vigente, amparado em normas positivas, não mais podendo ser concebido como valor, ao revés do que ocorre com os juízos de valor em matéria de justiça²²⁰.

O texto da Carta da ONU, conforme já aduzido no capítulo 2, prevê a interdição do princípio da Guerra como meio de resolução das controvérsias internacionais, como também prevê a única exceção admitida: o direito de legítima defesa, que em rigor não é Guerra, senão legítima defesa frente a Guerra, que seu artigo 51²²¹ reserva aos Estados agredidos, desde que o Conselho de Segurança já tenha tomado todas as medidas necessárias para manter a Paz²²².

²¹⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 32.

²¹⁹Para leitura do texto contido na Carta da ONU, reporta-se ao capítulo 2, onde foram transcritos os artigos ora mencionados.

²²⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 32.

²²¹Art. 51. “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a acção que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais” Disponível em [HTTP://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm). Acesso em 20 de junho de 2012.

²²²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 32.

Fora desta exceção, o único exercício da força permitido pela ONU, é o disciplinado em seu Capítulo VII, reservado, exclusiva e diretamente ao Conselho de Segurança, com a assistência da Comissão de Estado Maior, nas formas e com os limites estabelecidos no artigo 41 e seguintes, prevista como extrema medida constritiva, quando as demais medidas coercitivas para a tutela da Paz tenham se mostrado inadequadas²²³.

O jurista faz uma imprescindível distinção entre a Guerra e o emprego da força, conforme disposição da Carta da ONU. Para o autor é “a mesma diferença entre pena e vingança, entre direito e tomar-se a justiça por suas próprias mãos. Uma é a negação da outra, e por esta negação se define”²²⁴.

Salienta que a Guerra é por sua natureza um uso da força desmesurado e incontrolado, dirigido ao aniquilamento do adversário, enquanto o emprego da força, ou o poder de polícia como determina, é o uso da força estritamente necessário não já para vencer, senão unicamente para restabelecer a legalidade violada. “Uma guerra pode instaurar-se aos fins e interesses particulares dos Estados a que dela participam. Uma operação de polícia não tem outro fim que o restabelecimento da Paz”²²⁵.

E faz uma crítica específica quanto ao futuro da ONU, diante de sua atuação na Guerra do Golfo:

O futuro da ONU, dependerá, por conseguinte de como seja vivida a vitória: se com a convicção de que triunfou a legalidade internacional, ou , em contrário, com a amarga consciência de que a mesma foi derrotada. No primeiro caso teremos poucas esperanças de que o novo governo mundial seja algo distinto de um governo americano fundado a força, na desigualdade e no descrédito do direito. No segundo caso, se reconhece o erro, cabe que sirva como lição e que seja possível, sobre a base de uma severa autocrítica, colocar em marcha uma reformulação da ONU: através da supressão das posições de privilégio das grandes potencias; a instauração de um sistema mais justo e igualitário de

²²³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 32.

²²⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 33.

²²⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 33.

relações entre os Estados capaz de pretender uma efetiva limitação de sua soberania; a proibição para todos os países de produzir armas; a instituição enfim de uma jurisdição internacional para a tutela dos direitos universais de todos os homens inclusive frente a seus governos e do direito a autodeterminação de todos os povos²²⁶.

Do cenário instaurado, todos celebraram a vitória, cantando a Paz e a legalidade restaurada, e os mais de cem mil mortos foram um acidente de percurso.

Conclui que a ONU, no caso da Guerra do Golfo, traiu sua razão de ser ao autorizar a Guerra com o uso de meios sem regras, e de forma ilimitada contra um de seus cidadãos, vez que não tem valor nem eficácia se em lugar de resolver pacificamente os conflitos, os resolve através da Guerra, se aliena a povos inteiros gerando nestes raiva, ódio ou frustração, se consagra a separação entre Norte e Sul do mundo e entre países de primeira e segunda categoria²²⁷.

3.2.3 GUERRA E DIREITOS HUMANOS: O VÍNCULO ENTRE MEIOS E FINS

Enquanto se pretendeu legitimar a Guerra do Golfo em nome do direito, ou seja, aspirava ao menos a se ter uma base jurídica, como sanção ou reparação autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU em razão da invasão do Kuwait pelo Iraque, na Guerra empreendida pela OTAN em 24 de março de 1999, contra a Federação Iugoslávia, sequer tentou-se sustentar a sua legitimidade no plano do direito. Foi sustentada e defendida com argumentos exclusivamente morais.

²²⁶“El futuro de la ONU dependerá, por consiguiente, de cómo sea vivida la <Victoria>: si con la convicción de que há triunfado la legalidad internacional o, por el contrario, con la amarga conciencia de que la misma ha sido derrotada. En el primer caso tendremos pocas esperanzas de que el nuevo gobierno mundial sea algo distinto de um gobierno americano fundado en la fuerza, en la desigualdad y em el descrédito del derecho. Em el segundo caso, si se reconoce el error, cabe que ello sirva como lección y que sea posible, sobre la base de uma severa autocrítica, poner em marcha uma refundación de la ONU: a través de la supresión de las posiciones de privilegio de las más grandes potencias; la instauración de um sistema más justo e igualitário de relaciones entre los Estados capaz de pretender una efectiva limitación de su soberania; la prohibición para todos los países del mundo de producir e tener armas; la institución, em fin, de uma jurisdicción internacional para la tutela de los derechos universales de todos los hombres incluso frente a sus gobiernos y del derecho a la autodeterminación de todos los pueblos. FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 34. (Trad. da autora)

²²⁷FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 33.

O autor enumera os múltiplos problemas advindos dessa justificação.

Primeiro com relação ao problema de caráter ético da relação entre os meios e os fins, se nesse caso concreto a Guerra seria, ou foi um meio adequado para a tutela dos Direitos Humanos, e se o fim, justifica os custos terríveis que o meio – Guerra – comporta em abstrato e comportou no caso concreto. Segundo, os problemas de filosofia jurídica vinculados a admissão da velha categoria de Guerra Justa, ou pior, ética ou humanitária, toda vez que a Guerra tenha sido proibida como ilícita pela ONU, assim como os derivados da relação entre direito e moral, e de forma específica entre forma e substância da tutela dos Direitos Humanos. Por último, o problema político do futuro do direito internacional, da Paz e dos próprios Direitos Humanos, no caso de que o projeto de convivência traçado pela Carta da ONU seja substituído por uma nova ordem/desordem, fundada sobre uma aliança militar como é a OTAN, e sobre a Guerra como meio de solução de controvérsias²²⁸.

Enumera as inúmeras violações cometidas pela Guerra da OTAN, as quais serão resumidamente citadas a seguir.

1. Violação da proibição da Guerra pela Carta da ONU, e não observância do esgotamento das vias pacíficas de solução de controvérsias pelo Conselho de Segurança da ONU, o que inclusive, foi ao encontro dos desígnios de Milosevic aos desencadear a sua vingança sobre o povo de Kosovo;
2. Não foram utilizadas as sanções previstas no art 42 da Carta da ONU, como a interrupção das relações econômicas, relações diplomáticas entre outras, inclusive a expulsão do país membro que tenha violado os princípios enunciados na Carta da ONU;
3. O uso regulado da força igualmente não foi observado, sendo que as tratativas de negociações se desenvolveram sob pressão de ameaça de bombardeios(em afronta ao artigo 52 da Convenção de Viena de 1980 sobre o direito dos tratados que proíbe a ameaça ao uso da força durante a celebração de tratativas e declara nulo qualquer tratado concluído sob ameaça), caso a Sérvia não aceitasse os acordos de Rambouillet, acordos estes que

²²⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 38.

fracassaram frente a decisão de intervir em território iugoslavo com tropas da OTAN em lugar de forças de Paz da ONU²²⁹.

Observa ainda que não foram adotadas as medidas previstas no artigo 41 da Carta da ONU, e não foi interposta a ação penal ante o Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia pelos crimes cometidos por Milosevic, cuja responsabilidade já se considerava suficientemente grave e documentada para justificar os bombardeios, o que certamente teria produzido algum efeito dissuasório ou ao menos colocado em descrédito Milosevic frente à opinião pública. Ao revés, a denúncia e a ação penal foram iniciadas dois meses após iniciada a Guerra, colocando em perigo a negociação da Paz²³⁰.

Por fim não se discutiu a possibilidade do uso da força sob o controle da ONU, por oposição da China e da Rússia, o que foi levado a efeito como bloqueio ou impotência da ONU, e não como um exercício do direito de veto que pretendia conduzir a diplomacia internacional²³¹.

Houve ainda a violação do próprio Tratado constitutivo da OTAN, o qual assume todas as finalidades previstas no preâmbulo da Carta da ONU e configura a aliança como exclusivamente defensiva bem como houve a violação do Estatuto da Corte Penal Internacional, aprovada em Roma em 17 de julho de 1998, o qual prevê como de sua competência os crimes de agressão, ou seja, qualquer Guerra que não seja de defesa. Os Estados Unidos não subscreveram o acordo, confirmando a sua sincera preocupação com os crimes de lesa humanidade, porém todos os demais países europeus que tomaram parte na Guerra o subscreveram, ainda que não o tenham ainda ratificado²³².

E, para o autor²³³, o que se trata da violação mais vergonhosa, são os crimes de Guerra praticados, para cujo ajuizamento são competentes o Tribunal Penal par aos delitos cometidos na ex Iugoslávia e as próprias jurisdições nacionais, com total imunidade para quem bombardeava, ao preço de diários e mortais erros colaterais, que violaram de maneira clara os

²²⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 39.

²³⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 39.

²³¹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 40.

²³²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 40.

²³³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 41.

princípios de direito humanitário de Guerra, pertencente a tradição internacional anterior à inclusão da Carta da ONU.

Foram crimes de Guerra contra civis, os ataques aéreos da OTAN que provocaram milhares de vítimas da população civil, em particular o bombardeio de 23 de abril à um edifício da televisão sérvia onde se encontravam mais de cento e cinquenta trabalhadores, e não se deixe de mencionar que os bombardeios da OTAN utilizaram armas proibidas pela Convenção de Genebra de 1980, como as bombas de fragmentação e os projéteis com urânio empobrecido²³⁴.

O argumento para justificar esses ilícitos foi o clássico do estado de necessidade, a necessidade não afrontável por outros meios de defender os Direitos Humanos da população de Kosovo violados pelas atrocidades de Milosevic. No entanto, o fim não justificou os meios, e nem mesmo foi alcançado conforme pretendido.

Empreendida para garantir o direito de autodeterminação do povo de Kosovo, a Guerra destruiu seu objeto, propiciando a matança de milhares de cidadãos de Kosovo, e, ademais, fazendo impossível uma convivência pacífica entre albaneses e sérvios. Milosevic permaneceu ainda no poder de uma Servia com seu território reduzido a um acúmulo de escombros, com suas estruturas produtivas devastadas, com seu equilíbrio ecológico afetado pela contaminação dos rios, do solo e do ar²³⁵.

Esta Guerra ainda demonstrou uma total falta de confiança nos instrumentos de direito e nas perspectivas de uma luta política orientada a construção de uma democracia e da Paz nos países do Leste, traduzindo-se como um fracasso no que diz respeito às relações futuras entre Ocidente e Oriente, e em geral, entre países ricos e pobres²³⁶.

Compreende-se deste modo como que é justamente a ruptura das regras o que explica o fracasso dos fins humanitários pretendidos. A qualificação da Guerra como inevitável instrumento de garantia dos direitos

²³⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 41.

²³⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 47.

²³⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 47.

expressa uma absurda contraposição entre direitos e direito, entre a substância e a forma de tutela dos Direitos Humanos²³⁷. Segue o autor²³⁸:

Por outro lado, a ruptura do nexó entre direito e direitos expressada na ideia de que os direitos podem tutelar-se com meios antijurídicos e inclusive com a guerra, que é a sua negação, constitui o sintoma de um novo fundamentalismo que ameaça com a imposição dos direitos do Ocidente, os direitos do resto do mundo e de reproduzir a mesma obsessão identitária própria das guerras étnicas: de um lado o Ocidente, do outro o resto do mundo ao que se pretende impor os valores do Ocidente por meio da violência²³⁹.

Pondera ainda neste contexto, que o uso regulado da força por parte do Conselho de Segurança da ONU requereria para ser eficaz, do desenvolvimento do capítulo VII da Carta da ONU, com a efetiva instituição se não do monopólio da força a cargo da ONU, de forças armadas estáveis da ONU e do respectivo Comitê de Estado Maior, previsto no artigo 45. Fica claro que sem uma força internacional de polícia adequada, as intervenções da ONU correrão sempre o risco de fracassar.

Para tanto, a responsabilidade das grandes potências, a começar pelos Estados Unidos, os quais são os amos do mundo no que tange a potência econômica e militar, é crucial para este intento, bastando que renunciem a seu próprio papel de domínio militar, e econômico sobre todo o planeta, aceitando a limitação à soberania de todos os Estados que supõe a proibição da Guerra, com que estes mesmos consentiram e subscreveram em 1945.

3.2.4 GUERRA, TERRORISMO E DIREITO

Outro ponto crucial de estudo para fins de justificar o pacifismo, é o ataque ao Iraque promovido pelos Estado Unidos e aliados, em resposta aos ataques às Torres Gêmeas em Nova Iorque e ao Pentágono em Washington, ocorridos em 11 de setembro de 2001, passando o autor a analisar a Guerra como resposta ao terrorismo.

²³⁷FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 45.

²³⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 45.

²³⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 45.

Em 2002, o presidente Bush acusou o Iraque de ter armas de destruição em massa e colocar em risco os EUA e demais aliados. Diante dessa denúncia, as Nações Unidas investigaram o estoque de armamentos controlados pelo Iraque. Porém, em 2003, a ONU chegou à conclusão de que não havia nenhuma arma de destruição em massa no Iraque.

O presidente Bush contrariou a declaração da ONU e formou uma coalizão militar contra o Iraque e, em 20 de março de 2003, com a ajuda dos britânicos, italianos, espanhóis e australianos, os EUA deram início à Guerra do Iraque. A coalizão conseguiu derrubar o governo e, em dezembro, capturaram Saddam Hussein.

No entanto, como salienta o professor Ferrajoli²⁴⁰, destarte as inúmeras violações óbvias dos preceitos da Carta da ONU, a Guerra instaurada, satisfaz a sede de vingança dos Estados Unidos, como donos do mundo, porém, não se olvide, ao preço da morte, sobretudo de vítimas inocentes. No entanto, não serviu para o fim pretendido, que era acabar com o terrorismo. Foi efetivamente um ato de vingança, sendo esta seu único ânimo e propósito.

Ao contrário, reforçou enormemente o terrorismo, ao elevá-lo a categoria de Estado beligerante, convertendo um crime horrendo no primeiro ato de uma guerra santa e transformando Bin Laden, aos olhos de milhões de muçulmanos, um chefe político, e a sua banda de assassinos, na vanguarda de um exército de fanáticos. Ademais, anunciada como infinita, a guerra provocou milhares de vítimas civis, sem afetar provavelmente a rede terrorista de Bin Laden, cujas bases de consenso e recrutamento, ao contrário, se viram reforçadas²⁴¹.

²⁴⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 55.

²⁴¹“Al contrario, reforzó enormemente al terrorismo, al elevarlo a la categoria de Estado beligerante, convirtiendo un crimen horrendo en el primer acto de una guerra santa y transformando a Bin Laden, a los ojos de millones de musulmanes, en un jefe político, y a su banda de asesinos, en la vanguardia de un ejército de fanáticos. Además, anunciada como <infinita>la Guerra provocó miles de víctimas civiles, sin afectar probablemente a lared terrorista de Bin Laden, cuyas bases de consenso y reclutamiento, por el contrario, se vieron reforzadas” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 55 (Trad. da Autora).

Como alternativa à resposta dada pelo presidente George W Bush ao ataque, propõe o autor²⁴²:

A tragédia de 11 de setembro poderia haver conduzido a reconsiderar a precariedade da atual ordem internacional, convertendo-se na ocasião para uma operação de polícia planetária que, pela primeira vez e sob o lema comum de máxima solidariedade com os Estados Unidos, haveria mobilizado as polícias e serviços secretos de dezenas de países, com o objetivo de alcançar a captura dos culpados e a identificação da rede de seus capangas. (...) Ademais, obviamente, de um emprego de força dirigido, uma vez identificados, a desarmar os seus integrantes e a colocá-los a disposição da justiça. Deste modo, se haveriam acrescentado à escala mundial a credibilidade do Ocidente e o prestígio dos Estados Unidos. E não teria sido difícil sobre estas bases, fazer cair o regime dos talibãs, os quais, como se sabe, se sustentaram unicamente com as ajudas militares e econômicas do Paquistão²⁴³.

Cabe destacar ainda que durante os dias que precederam os bombardeios, o isolamento dos talibães esteve a ponto de provocar divisões em seu interior, e de forçá-los a propor a entrega de Bin Laden ao Paquistão, ainda que sob a condição de não extraditá-lo aos Estados Unidos. Se a paciência e a razão tivessem prevalecido, quem sabe hoje Bin Laden estaria neutralizado²⁴⁴.

Porém a paciência e a razão parecem não fazer parte da consciência ocidental, e ao que se extrai parece que o valor da vida humana,

²⁴²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 54-55.

²⁴³“La tragedia del 11 de septiembre podría haber conducido a reconsiderar la precariedad del actual orden internacional, convirtiéndose en la ocasión para una operación de policía planetaria que, por primera vez y bajo el lema común de la máxima solidaridad con los Estados Unidos, habría movilizado a las policías y servicios secretos de decenas de países, con el objeto de lograr la captura de los culpables y la identificación de la red de sus secuaces. Además, obviamente, de un empleo de la fuerza dirigido, una vez identificados, a desarmar a sus integrantes y a ponerlos a disposición de la justicia. De este modo, se habrían acrecentado a escala mundial la credibilidad de Occidente y el prestigio de los Estados Unidos. Y no habría sido difícil, sobre estas bases, hacer caer al régimen de los talibaneses que, como es sabido, se sostenía únicamente con las ayudas militares y económicas de Pakistán” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 54-55 (Trad. da Autora).

²⁴⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 55.

segundo a moral inaugurada com as Guerras desde os anos noventa, é incomparavelmente distinto segundo se trate de nós – ocidente rico, ou deles – resto do planeta²⁴⁵.

No entanto, em que pese as atrocidades cometidas, por outro lado, ressalta o autor, um feito extraordinário e inesperado aconteceu com uma tomada de consciência da opinião pública mundial quanto ao rechaço da reabilitação da Guerra e a desvalorização da ONU, o que caracterizou o atual pacifismo de massas. Por sua óbvia ilicitude e pela absoluta ausência de justificativas creíveis a Guerra contra o Iraque tem despertado a consciência civil de milhões de pessoas, e tem dado vida a um movimento global, tão heterogêneo como poderosamente unitário no que tange ao rechaço da Guerra e a defesa do papel da ONU e do direito internacional²⁴⁶.

Desde Melbourne a São Francisco, passando por Roma, Paris, Berlim, Londres, Madri e Barcelona, temos assistido, nas praças e ruas de todo o mundo, a formação de um povo global – quase um embrião da sociedade civil internacional – unido pelo feito de compartilhar os mesmos valores: a paz, os direitos humanos e a legalidade internacional. E se bem não conseguiu deter a guerra, este movimento de protesto sem dúvida tem impedido a sua legitimação moral e política²⁴⁷.

Neste cenário, o suposto fracasso da ONU pode inverter-se. Pela primeira vez o Conselho de Segurança, colocado frente a uma exigência ilegítima dos Estado Unidos, respeitou seu estatuto e confiou em sua razão de ser: a salvaguarda da Paz. Por isso a maior parte da opinião pública mundial, percebeu a Guerra norteamericana como um crime, porque violou de maneira clamorosa a Carta da ONU e porque essa violação não recebeu o aval do Conselho de Segurança. Pela primeira vez a Guerra procurou, porém não obteve

²⁴⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 54.

²⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 68.

²⁴⁷“Desde Melbourne a San Francisco, pasando por Roma, París, Berlín, Londres, Madrid y Barcelona, hemos assistido, en las plazas y calles de todo el mundo, a la conformación de un Pueblo global – casiunembirón de sociedad civil internacional – unido por el hecho de compartir los mismos valores: la paz, los derechos humanos y la legalidade internacional. Y si bien no consguió detener la guerra, este movimiento de protesta sinduda há impedido su legitimación moral y política” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 68 (Trad. da Autora).

nem mesmo do ponto de vista formal, a legitimação do direito internacional, que se revelou mais efetivo do que nunca²⁴⁸.

3.2.5 POR UMA ESFERA PÚBLICA GLOBAL

Esclarece que há duas maneiras de entender o futuro da ONU e de projetar a futura integração jurídica da comunidade internacional.

A primeira é a que expressa a fórmula de governo mundial, o qual comporta a concentração de decisões de direito internacional em uma cúspide planetária, não necessariamente democrática nem vinculada por limites e garantias.

A segunda, é a que sugere a fórmula de democracia internacional, a qual, ao contrário, supõe um ordenamento baseado no caráter democrático-representativo dos órgãos supra estatais, e, sobretudo, em sua função de garantia da Paz e dos Direitos Fundamentais dos homens e dos povos. Discorre o autor²⁴⁹:

Creio que a falta de distinção entre estes dois modelos é fonte de muitos equívocos e mal entendidos, tanto da direita como da esquerda. Se por um lado as grandes potencias perseguem hoje a construção de um governo mundial e pretende contrabandear-lo como um instrumento de paz por outro, muitas forças democráticas, pelo temor de um governo mundial do tipo puramente imperialista, percebem com receio o direito internacional em seu conjunto, subestimando seu insubstituível valor estratégico como sistema de garantias²⁵⁰.

A situação atual da comunidade internacional se aproxima mais do modelo de um governo mundial controlado pelas cinco potências que tem presença permanente no Conselho de Segurança da ONU, principalmente os

²⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 69.

²⁴⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 82.

²⁵⁰“Creo que la falta de distinción entre estos dos modelos es fuente de muchos equívocos y mal entendidos, tanto a derecha como a izquierda. Si por un lado las grandes potencias persiguen hoy la construcción de un gobierno mundial y pretenden contrabandearlo como un instrumento de paz, por otro, muchas fuerzas democráticas, por temor a un gobierno mundial de tipo puramente imperialista, perciben con receo el derecho internacional em su conjunto, subestimando seu insustituible valor estratégico como sistema de garantías” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 82 (Trad. da Autora).

Estados Unidos, do que um modelo de democracia internacional. No entanto, esta situação contradiz de maneira evidente, os princípios jurídicos estabelecidos pela Carta da ONU, e pelas distintas declarações e convenções sobre Direitos Humanos e sobre a Paz, as quais expressam o projeto de uma democracia internacional de direito, destinada a procurar a Paz e a tutela dos Direitos Fundamentais²⁵¹.

Para tanto, o objetivo de qualquer movimento pela Paz deve ser a transformação do atual governo mundial em uma democracia internacional, estruturada segundo o paradigma do Estado constitucional de direito, o qual já foi desenhado pela Carta da ONU e fundamentada nos princípios da solidariedade e do autogoverno, sob uma perspectiva mundial e simultaneamente global e policêntrica²⁵².

Pois bem, para este fim, partindo da falta de garantias posta em evidência pelos fracassos do passado, conforme aduzido alhures, o autor defende a necessidade de uma reabilitação e do reforço das dimensões universalistas da ONU, expressadas, essencialmente, em seus dois principais elementos normativos: a proibição da Guerra, e a consagração dos Direitos Fundamentais das pessoas e dos povos como fonte de legitimação, não somente política, senão também jurídica, dos ordenamentos estatais²⁵³.

A proibição da Guerra pode considerar-se o princípio constitutivo da juridicidade do novo ordenamento internacional formado com o nascimento das Nações Unidas, e é com a proibição da Guerra introduzida na Carta da ONU, que a comunidade internacional passa do estado de natureza ao estado civil e se subordina ao direito, convertendo-se em um ordenamento jurídico, se bem que sumariamente imperfeito, em razão da sua carência de garantias idôneas para assegurar sua efetividade.

Quanto à consagração dos Direitos Fundamentais, neste princípio inclui-se a limitação da soberania estatal, já que a Declaração de 1948, e todos os demais pactos, e disposições em matéria de direitos, são imediatamente

²⁵¹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, 82.

²⁵²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 82.

²⁵³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 82-83.

vinculantes para os Estados membros. Trata-se de uma limitação não somente negativa como a proibição da Guerra, senão também positiva no sentido de que os Estados membros se encontram vinculados a tutela dos Direitos Fundamentais, ou seja, das necessidades e interesses primários das pessoas e dos povos²⁵⁴.

Tais reforços trariam duas consequências: a tutela por parte do direito internacional, não só dos Estados, senão também dos povos e das pessoas, que se convertem também em sujeitos de direito internacional; e que os Direitos Fundamentais passem a fundamentar-se não somente nas Constituições de seus respectivos Estados, senão também nas cartas internacionais como a da ONU e a Declaração universal de 1948²⁵⁵.

Neste modelo,

o direito internacional se converte em fonte de regulação e em critério de legitimação e de deslegitimação não só das relações internacionais entre Estados, senão também dos ordenamentos internos dos Estados e das relações entre os Estados e os cidadãos²⁵⁶.

Neste norte, o autor fundamenta ainda a tese, na atual crise que os Estados nacionais vem passando, pois nenhum dos problemas dramáticos hodiernos, como a Paz, a tutela dos direitos de liberdade e de sobrevivência, a regulação do mercado e das comunicações, a segurança contra a criminalidade, a defesa do meio ambiente, podem ser resolvidos fora do horizonte internacional²⁵⁷.

Até o momento não foram elaboradas formas institucionais e constitucionais a altura da globalização. Do que resulta é uma crescente incerteza do direito provocada pela superposição de fontes e ordenamentos concorrentes, assim como por uma debilidade do constitucionalismo e do garantismo, provocado pelo deslocamento dos poderes de governo à organismos

²⁵⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 83.

²⁵⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 83.

²⁵⁶“(…) el derecho internacional se ha convertido en fuente de regulación y en criterio de legitimación y de deslegitimación no sólo de las relaciones internacionales entre Estados, sino también de los ordenamientos internos de los Estados y de las relaciones entre los Estados y sus ciudadanos” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 83 (Trad. da Autora).

²⁵⁷FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 93.

supranacionais e aconstitucionais que por ora, decidem sem responsabilidade política e sem limites constitucionais. Está-se assim diante de um vazio de direito.

Defende enfim, que a única resposta racional à crise que se atravessa é o desenvolvimento de um constitucionalismo internacional – não de um governo mundial, mas sim de uma democracia constitucional internacional, cujas premissas normativas já existem, ainda que sem garantias de sua efetividade.

Por constitucionalismo entendo o novo paradigma do direito caracterizado, em relação com o clássico do positivismo jurídico, pela existência de vínculos normativos impostos pelas Constituições atuais a todo os poderes e financiado, após a segunda guerra mundial, tanto nos ordenamentos internos das democracias avançadas, graças à generalização das Constituições rígidas, como no direito internacional em virtude desse embrião de Constituição do mundo, que representam a Carta da ONU de 1945 e a Declaração de direitos do homem de 1948²⁵⁸.

Ainda que nascido e pensado para o Estado nacional, o paradigma do Estado constitucional de direito é em efeito, aplicável a qualquer ordenamento, inclusive o internacional, através de duas vias de ação: primeiramente a superação das soberanias através da reformulação do sistema de fontes e o deslocamento ao plano internacional das instâncias tradicionalmente estatais de garantias constitucionais, e em segundo lugar, com a superação das atuais fronteiras estatais de cidadania através da instauração de uma cidadania universal, citando Kelsen: “Este é o objetivo infinito ao que deveria dedicar-se cada esforço político: um Estado universal como organização universal”²⁵⁹.

²⁵⁸“Por constitucionalismo entiendo el novo paradigma del derecho caracterizado, en relación con el clásico del positivismo jurídico, por la existencia de vínculos normativos impuestos por las Constituciones actuales a todos los poderes e afianzado, tras la segunda posguerra, tanto en los ordenamientos internos de las democracias avanzadas, gracias a la generalización de las Constituciones rígidas, como en el derecho internacional en virtud deese embrión de Constitución del mundo, que representanla Carta de la ONU de 1945 y la Declaración de derechos del hombre de 1948” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 94 (Trad. da Autora).

²⁵⁹“Este es el objetivo infinito al que debería dedicarse cada esfuerzo político: un Estado universal como organización universal”. KELSEN, Hans. Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per um dottrina pura del diritto (1920) *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 106.

3.2.5.1 A ausência de garantias a Paz e dos Direitos no atual Ordenamento Internacional

Em razão dos elementos normativos acima, a ONU não é somente uma instituição jurídica internacional, mas sim, um ordenamento jurídico supraestatal, porém, conforme os momentos históricos já averiguados, estes dois elementos seguem sendo em grande parte, promessas sobre o papel, ou seja, ainda que válido e vinculante, o ordenamento internacional carece de eficácia²⁶⁰.

Quanto a este aspecto, resta evidente que o que falta ao direito internacional, não são normas substanciais, pois como bem explanado acima, estas são abundantes, seja na Carta da ONU, na Declaração de 1948, e todas as demais já mencionadas. O que falta é um adequado sistema de garantias capaz de assegurar a sua efetividade, devendo este ser elaborado e introduzido nos textos mencionados.

No entanto, para este fim, defende a corrente de que embora a reforma a longo prazo seja a instituição de uma democracia internacional, seria um erro deixar de se comprometer na busca de reformas mais possíveis, dirigidas a garantir as normas já existentes na Carta da ONU e demais declarações e pactos, consagrados na tutela da Paz e dos Direitos Fundamentais dos homens e dos povos. “Deve-se partir do direito vigente, evidenciar suas lacunas e violações e apontar a sua superação, como condição da própria salvaguarda da credibilidade e legitimidade da ONU”²⁶¹.

Desta perspectiva o primeiro tipo de garantia que se haveria de reforçar são as inerentes à Paz. Uma vez considerada como norma fundamental e a razão de ser da ONU, qualquer Guerra deveria configurar-se como crime de direito internacional e ser ferreamente rechaçada como meio de solução de controvérsias²⁶².

Para tanto, sugere o autor que a efetividade deste rechaço à Guerra, deve vir acompanhado de concretas garantias de tipo preventivo, como a

²⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 84.

²⁶¹“Es preciso partir del derecho vigente, evidenciar sus lagunas y violaciones y apuntar a su superación como condición de la propia salvaguarda de la credibilidad y la legitimidad de la ONU”. FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 85 (Trad. da Autora).

²⁶²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 85.

proibição dos instrumentos de Guerra, através de convenções internacionais que imponham um desarme gradual e generalizado e que seja conferido às armas, cujo único objetivo é matar seres humanos, o mesmo tratamento outorgado às substâncias ilícitas, as quais somente poderiam ser produzidas sob o controle da ONU, e para as funções de polícia próprias desta organização²⁶³.

Aliado à instituição de uma polícia supraestatal, detentora do monopólio da força armada, o que já é uma obrigação, conforme imposição do art. VIII da Carta da ONU, embora até o momento não se o tenha desenvolvido, a via principal para garantir a Paz é o desarme dos Estados membros. A Paz não será garantida apenas armando a ONU, senão desarmando a todos os Estados.

Ao menos, porque a força que os Estados hoje detêm, bastaria para destruir várias vezes o planeta, e nenhuma força supranacional, seria suficiente por si mesma para conte-la. Ao mesmo tempo, está claro que a força supranacional necessária para exercer funções e polícia poderá ser menor quanto menor sejam os armamentos a disposição dos Estados²⁶⁴.

E observa neste aspecto que, se o desarme generalizado é uma perspectiva de larguíssimo prazo, a falta de convenções internacionais que proibam a produção, o comércio e a obtenção de armas, cujo uso já está proibido pelo direito internacional em matéria de Guerra, esta lacuna é intolerável e deveria ser suprida de imediato. Ora, tal absurdo seria como proibir somente o uso de drogas mas não a sua produção e comercialização²⁶⁵.

Portanto, enquanto não se alcance o desarme, seria possível estabelecer convenções que permitam colocar sob o controle da ONU a produção, o comércio e a posse de todas as armas, a fim de evitar, ao menos, a sua venda a regimes ditatoriais²⁶⁶.

²⁶³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 85.

²⁶⁴“Al menos, porque la fuerza que los Estados detentan actualmente, bastaría por sí sola para destruir varias veces el planeta, y ninguna fuerza supranacional, en cambio, sería suficiente por sí misma para contenerla. Al mismo tiempo, está claro que la fuerza supranacional necesaria para ejercer funciones de policía podrá ser menor cuanto menores sean los armamientos a disposición de los Estados” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 85-86 (Trad. da Autora).

²⁶⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 86.

²⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 86.

Não obstante o desarme como ferramenta para proibição da Guerra e defesa da Paz, o desarmamento poderia ainda significar entre outras questões, um grande economia aos Estados, considerando-se que o gasto mundial em armas é de um bilhão de dólares por ano, essa economia poderia resultar a destinar-se a promover o desenvolvimento dos países pobres e a reduzir a brecha entre Norte e Sul, que hoje constitui no mais grave fator de injustiça e de desigualdade, e representa a maior ameaça para a Paz²⁶⁷.

3.2.5.2 Por uma jurisdição penal internacional

No plano institucional, defende o autor²⁶⁸ que uma reforma realista da ONU produzida desde uma perspectiva de uma democracia internacional, e não de um governo mundial, deveria apontar o desenvolvimento do direito internacional existente, antes que a improváveis mudanças nas relações de poder nos órgãos das Nações Unidas, o que suporia reforçar as técnicas e órgãos de garantia da Paz e dos direitos das pessoas e dos povos a respeito de seus próprios governos e da comunidade internacional, tendo em vista a atual impunidade das violações de tais direitos e dos crimes cometidos contra a humanidade, conforme documentado em recentes sessões do Tribunal permanente dos Povos sobre a impunidade na América Latina²⁶⁹.

Esta lacuna poderia ser suprida através de uma reforma da atual jurisdição da Corte Internacional de Justiça que se permitiria converter em judiciais, as violações do direito e dos direitos por parte dos Estados.

Propõe quatro inovações no estatuto da referida Corte²⁷⁰.

Primeiro quanto à extensão de sua competência, não só as controvérsias entre Estados senão também aos juízos de responsabilidade em matéria de Guerra, ameaças à Paz e violações de Direitos Fundamentais.

Segundo, a afirmação do caráter obrigatório de sua jurisdição, hoje subordinada à aceitação preventiva por parte dos Estados, segundo o esquema dos juízos arbitrais.

²⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 86.

²⁶⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 87.

²⁶⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 87.

²⁷⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 87-88.

Terceiro, o reconhecimento de legitimação para atuar ante a Corte não só dos Estados, mas também das pessoas que são titulares dos Direitos Fundamentais com frequência violados pelos Estados, ou, ao menos às organizações não governamentais constituídas em defesa dos Direitos Humanos.

Em quarto lugar, a introdução da responsabilidade pessoal dos governantes por crimes de direito internacional, dos crimes de Guerra e mesmo ao crime próprio da Guerra, assim como os crimes de lesa humanidade, que deveriam codificar-se, de conformidade com a legalidade penal, em um código penal internacional.

Quanto a esta quarta inovação, ressalta que a decisão do Conselho de Segurança da ONU, em instituir um tribunal penal internacional para julgar os crimes cometidos por todas as partes no conflito da ex Iugoslávia, adotado através da Resolução 808, supõe já uma instância de tutela contra crimes internacionais, pode ser considerada, quiçá, um primeiro passo em direção de seu estabelecimento como órgão de função permanente, assistido por todas as garantias penais e processuais requeridas como condição de legitimidade de uma instituição judicial²⁷¹.

3.2.5.3 Por uma reforma democrática da ONU

No que tange à instituição de uma democracia internacional a partir da ONU, reconhece o autor²⁷² que essa é a reforma mais difícil e mais improvável. Aduz que poderia prever-se uma ampliação do Conselho de Segurança a outros países, como Alemanha e Japão, porém se faz inverossímil possibilidade de que a atual gestão da ONU como instrumento das grandes potências, em particular os Estado Unidos, seja abandonada a curto prazo²⁷³.

A perspectiva de uma reforma democrática da ONU, baseada no princípio da igualdade, passaria obviamente pela supressão da posição de privilégio que hoje detêm no Conselho de Segurança, as cinco

²⁷¹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 88.

²⁷²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 88.

²⁷³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 88.

potencias vencedoras da segunda Guerra mundial, e a instauração de um sistema igualitário de relações entre os povos²⁷⁴.

Cita algumas indicações já proferidas por outros autores, as quais lhe parecem pertinentes:

A eliminação do Conselho de Segurança ou ao menos da figura de membro permanente com direito de veto reservada às grandes potências; o reforço dos poderes da Assembleia Geral; um novo espaço e uma maior implicação das organizações não governamentais; a instituição, finalmente, de uma segunda Assembleia representativa dos povos que complemente a atual Assembléia dos Estados, eleita mediante sufrágio universal ou ao menos pelos parlamentos nacionais segundo quotas proporcionais à população²⁷⁵.

Conclui afirmando que se trata de realizar uma ordem internacional que deverá embasar-se invertendo-se a tradicional hierarquia das fontes do direito, com a primazia das fontes periféricas sobre as centrais, prevalecendo ao certo, sobre qualquer outra fonte de produção nacional ou internacional, as cartas de direitos²⁷⁶.

Trata-se de uma perspectiva horizontal e não vertical de uma ordem democrática internacional, que maximize a autonomia dos povos, e confie exclusivamente aos órgãos de governo da ONU, as funções hoje indispensáveis em razão da interdependência mundial: o recurso à força frente às ameaças de Guerra e às violações de Direitos Humanos corroboradas pela Corte de Justiça; a tutela do meio ambiente; as políticas de desenvolvimento e de

²⁷⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 88.

²⁷⁵“la eliminación del Consejo de Seguridad o al menos de la figura de miembro permanente con derecho de veto reservada a las grandes potencias; el reforzamiento del os poderes de la Asamblea General; un nuevo espacio y una mayor implicación de las organizaciones no gubernamentales; así como los movimientos de liberación, en la vida de la ONU; la institución, finalmente, de una segunda Asamblea representativa de los pueblos que complemente a la actual Asamblea de Estados, elegida mediante sufragio universal o al menos por los Parlamentos nacionales según cuotas proporcionales al apoblación” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 88 (Trad. da Autora).

²⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 88.

distribuição de recursos para a tutela dos direitos sociais de todas as pessoas e de todos os povos²⁷⁷.

Perspectivas sim de longo prazo, mas que se encontram arraigadas nas promessas não cumpridas do direito internacional, e que ao certo, exigirão a supremacia do princípio da solidariedade para desenvolverem-se, através do compromisso comum de todas as forças democráticas do mundo.

Adiante, Ferrajoli²⁷⁸ chama a atenção sobre a importância de duas instituições indispensáveis para a concretização da democracia internacional pretendida, quais sejam o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Permanente dos Povos. Em que pese ainda estarem em fase embrionária, dependendo da aceitação e da subscrição dos países para atingir a plenitude e eficácia esperadas, se consolidam em passos importantes para a garantia da Paz e dos Direitos Humanos no cenário internacional, mesmo diante de que foram grandes conquistas resultantes de muita militância por parte daqueles que acreditam na construção dessa ordem internacional.

3.2.6 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em 17 de julho de 1998, em Roma, foi adotada a decisão de instituição de um Tribunal Penal Internacional permanente. Ainda que de maneira embrionária, eis que ainda conta com a falta de apoio de muitos estados, inclusive os Estados Unidos, esta decisão implicou em uma mudança de paradigma no direito internacional, já que proporciona uma garantia jurisdicional contra crimes de lesa humanidade que violam direitos fundamentais até então somente proclamados em declarações, pactos e convenções internacionais.

O Tratado de Roma de 1998, representa um primeiro passo na construção de uma ordem internacional a fim de garantir a Paz e os Direitos Humanos. Os artigos do referido documento servem para introduzir o que o autor designa de garantias primárias, identificando junto ao crime de genocídio os crimes contra a humanidade por violação de bens superiores – como as torturas, as detenções ilegais e prolongadas, a destruição irreversível do meio ambiente entre outras – não suscetíveis de repressão dentro dos Estados, por haverem

²⁷⁷FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 89.

²⁷⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 89.

sido cometidos pelos próprios governantes ou por organizações ou poderes fortes (multinacionais, organizações criminais e similares) que gozam de seu apoio ou frente aos quais os governantes são impotentes²⁷⁹.

Na esfera técnica, o problema da relação entre jurisdição internacional e jurisdição estatal foi resolvido com o princípio da complementariedade, sancionado nos artigos 1 e 15 do projeto do Estatuto do Tribunal. A jurisdição internacional intervém nos crimes gravíssimos para os quais é competente quando, por uma razão ou outra, por impossibilidade objetiva, como o colapso das instituições estatais, ou por indisponibilidade subjetiva, como nos casos de má-fé ou de falta de vontade, as jurisdições estatais não intervém. Não há portanto superposição ou perigo de violação do princípio do *ne bis in idem*²⁸⁰.

No entanto, em que pese o brilhantismo de seu projeto, e se concretizar como uma conquista para os anseios e lutas de muitos juristas no meio século que separa do julgamento de Nuremberg, e como um primeiro e tímido passo na luta pelo direito, que garantisse a Paz e os Direitos Fundamentais, a instauração de uma jurisdição penal obrigatória ainda permanece, quase por completo, somente no papel, justamente em razão da falta de subscrição do Estados para tanto²⁸¹.

3.2.7 O TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS

A instituição de um tribunal penal permanente, foi durante mais de vinte anos, um dos objetivos da Fundação Internacional Basso para os Direitos dos Povos, e especificamente do Tribunal Permanente dos Povos, que se constituiu em Bolonha em 24 de junho de 1979²⁸².

A forma de tribunal, e por tanto de juízo e de averiguação jurisdicional que se pretendeu outorgar às intervenções já no ano de 1979, assinalava um objetivo bastante ambicioso, que foi justamente a afirmação do

²⁷⁹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 119.

²⁸⁰FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 109.

²⁸¹FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 119.

²⁸²FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 120.

direito internacional. Embora tratados como tribunais de opinião, o autor critica a definição de que por assim, suas decisões carecem de efetividade²⁸³.

Quanto ao método, as sessões destes tribunais são ativadas por solicitação da vítimas. Essa ação popular através da qual são caracterizados como crimes os feitos que em sentido comum não eram previamente concebidos como tais, não somente é válida para anteciper o objetivo de uma efetiva jurisdição internacional, como também vale para fazer amadurecer as premissas indispensáveis para a efetividade do direito internacional. O resultado, é a implicação das vítimas como sujeitos constituintes do novo direito penal internacional²⁸⁴.

Evoca a experiência dos Tribunais contra a impunidade na América Latina, em particular a sessão do tribunal que integrou com Salvatore Senese no Paraguai, sobre os crimes perpetrados pelo regime Stroessner, o qual se desenvolveu em uma grande sala, frente a centenas de pessoas, com a presença da imprensa, onde vários camponeses vinham mostrar seus ferimentos em decorrência das torturas sofridas²⁸⁵.

Cita ainda, o Tribunal acontecido em Paris, sobre o Amazonas, no qual, sob o ponde de vista das vítimas, permitiu analisar os efeitos devastadores sobre as populações indígenas de fenômenos que a opinião pública associa genericamente com o desenvolvimento econômico. Estas ações permitiram a percepção destes feitos como feitos com objetivo de genocídio²⁸⁶.

Afirma que os tribunais de opinião não desempenham somente um papel supletivo dos oficiais, denunciando sua ausência, mas sim, operam como um elemento de mobilização na luta pelos direitos na medida em que servem para fundamentar a percepção do caráter criminal de suas violações, oferecendo apoio do ponto de vista externo, das vítimas, de sua luta pelo direito e ao mesmo tempo, à formação de uma opinião pública internacional²⁸⁷.

²⁸³FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 123.

²⁸⁴FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 123.

²⁸⁵FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 124.

²⁸⁶FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 124.

²⁸⁷FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 124.

Ainda, que por serem de opinião, permitem averiguações sobre responsabilidades e causas estruturais que estão na origem dos crimes contra a humanidade, indo além do que um verdadeiro tribunal penal vinculado ao princípio da taxatividade e da responsabilidade pessoal poderia averiguar²⁸⁸.

Os tribunais de opinião tem permitido ampliar a percepção das lacunas do direito internacional, e não somente quanto à ausência de garantias penais ou processuais, mas também às carências mais de fundo, como a de uma regulação internacional da economia de mercado, informada pela igualdade das pessoas e dos povos e a salvaguarda dos Direitos Humanos.

3.3 BREVES ALUSÕES A AÇÕES DE PACIFISMO INSTRUMENTAL – GANDHI E GENE SHARP

Expressadas as razões do pacifismo defendido pelo professor Luigi Ferrajoli, as quais, embora pareçam em um primeiro momento utópicas, estão amplamente amparadas por sob o ponto de vista jurídico, político, e na realidade experimentada do mundo global e não mais local, e com o intuito de se contribuir ainda mais com relação ao tema e com esta busca de consciência global sobre a ilegalidade da Guerra, seus efeitos colaterais e a defesa da Paz como direito fundamental universal, abordar-se-á, ainda que *aun passant*, ações amparadas no pacifismo instrumental.

Certo é que, para fins de se evitar uma extensão inapropriada do presente estudo, far-se-á breve menção à ações de Gandhi e da teoria de Gene Sharps, os quais, a seu modo, decidiram por seguir o caminho da não-violência, e da defesa absoluta da condenação da Guerra e da utilização de meios não violentos para a solução de controvérsias, e libertação dos povos.

Mohandas Karamchand Gandhi(1869-1948) foi um defensor do satyagraha (apego à verdade) e do ahimsa (não violência). Embora advogado formado na Inglaterra, sua convicção partiu principalmente de um ponto de vista ético e religioso, onde a verdade deveria ser sempre perseguida, e a violência jamais utilizada para qualquer objetivo. Através da convivência com os indianos, inicialmente na África, onde permaneceu algum tempo a fim de exercer a função

²⁸⁸FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 124.

de advogado contratado, passou a se sensibilizar com as agruras e com as injustiças perpetradas contra seu povo.

Foi à África a trabalho, e lá deu início a inúmeros movimentos, com fulcro no diálogo, buscando as vias de acordo, porém suscitando a desobediência civil nos casos em que o diálogo não conseguia reverter situações injustas, fundamentando as pretensões dos indianos na universalidade dos direitos civis, eis que, estavam a trabalho da África, e não deveriam ter tratamento diferente dos nacionais.

Sua trajetória era fundamentada na ouvida dos argumentos de ambas as partes, sempre com vistas à busca da verdade e da não violência para resolução de conflitos, porém era adepto, para tanto, inclusive influenciado por Tolstoi, com quem se correspondia, da desobediência civil, de forma pacífica para desconstituir injustiças.

Como um exemplo de seus critérios de ação, ao aconselhar os operários em Champaram (quando já divulgando o satyagraha na Índia), para entrarem em greve em razão dos salários baixos e por melhores condições de trabalho, assim os aconselhou e explicou as condições de uma greve bem sucedida: “1. nunca recorrer à violência; 2. nunca molestar os que querem trabalhar; 3. nunca depender de doações; 4. Permanecer firme, não importando quanto tempo dure a paralisação, e ganhar o pão, durante esta, por meio de qualquer outro trabalho honesto”²⁸⁹.

Entre outros feitos, e são inúmeros, em 1930, lidera marcha para o mar, quando milhares de pessoas andam mais de 320 quilômetros a pé, para protestar contra os impostos sobre o sal, e pela liberação dos indianos em explorar a venda do sal, o que era proibido. Os indianos começam a produzir o sal, com o que Inglaterra acaba cedendo.

Gandhi foi preso inúmeras vezes, jejuou todas as vezes em que a violência ocorria, e embora em um campo tão hostil, que ainda tinha que lidar com a guerra entre os hindus e os muçulmanos dentro do território da Índia, atingiu um grande marco. Em 1947, foi proclamada a independência da Índia.

²⁸⁹GANDHI, Mohandas Karamanchand. **Autobiografia** – minha vida e minhas experiências com a verdade. São Paulo: Palas Athena, 1999, p. 365.

Seu legado foi resgatar a hombridade, os direitos, a mudança de paradigma e despertar a ausência de medo no povo indiano, enaltecendo a necessidade de auto-suficiência, demonstrando que eram capazes, e merecedores de direitos, principalmente ao direito de se auto governarem, e de serem livres. E através de suas ações, atingiu o objetivo, a princípio utópico, da independência da Índia, através da não-violência.

Destaque ainda se deve dar ao professor Gene Sharp²⁹⁰, o qual, através de inúmeros estudos sobre como as pessoas podem evitar e destruir ditaduras, elaborou obras, dentre elas, “Da Ditadura à Democracia”²⁹¹, o qual inclusive contou com o prefácio de Albert Einstein, onde apresenta alternativas e orientações para auxiliar o pensamento e o planejamento para produzir movimentos de libertação que sejam mais poderosos e eficazes contra ditaduras, e poderiam ser travados sem massacres mútuos em massa.

Baseado nos ensinamentos de Gandhi, esse verdadeiro guia da revolução não-violenta inspirou movimentos por todo o mundo, ajudando a encerrar ditaduras na Birmânia, Sérvia, Ucrânia, Egito dentre outros países.

Eis o pensamento do autor quanto ao funcionamento da luta não violenta:

Da mesma forma que as capacidades militares, o desafio político pode ser utilizado para uma variedade de propósitos, que vão desde esforços para influenciar o adversário a tomar medidas diferentes, criar condições para uma resolução pacífica do conflito, ou desintegrar o regime do oponente. No entanto, o desafio político opera de forma muito diferente da violência. Embora ambas as técnicas sejam meios de se travar a luta, elas o fazem com meios e consequências muito diferentes. As formas e os

²⁹⁰Gene Sharp, 83, doutor em teoria política pela Universidade de Oxford e, por quase 30 anos, pesquisador no centro de estudos internacionais de Harvard. Fundador do *The Albert Einstein Institution*, uma organização sem fins lucrativos que avança no estudo e no uso de estratégias não violentas por todo o mundo. Suas obras e outras advindas dos estudos do referido instituto são traduzidas para mais de 30 línguas, e estão disponíveis gratuitamente para download no site <www.aeinstein.org>.

²⁹¹Da Ditadura à Democracia foi publicado originalmente em Bangkok em 1993, pelo Comitê para a restauração da democracia na Birmânia, em associação com Khit Pyaing (O Jornal Nova Era). Desde então foi traduzido em pelo menos trinta e uma outras línguas, e foi publicado na Sérvia, Indonésia e Tailândia, entre outros países. Disponível em: <www.aeinstein.org>.

resultados dos conflitos violentos são bem conhecidos. Armas físicas são usadas para intimidar, ferir, matar e destruir. A luta não violenta é um meio muito mais complexo e variado que a violência. Em vez disso, a luta é travada por armas psicológicas, sociais, econômicas e políticas aplicadas pela população e as instituições da sociedade. Estas têm sido conhecidos sob vários nomes de protestos, greves, não cooperação, boicotes, ruptura e o poder do povo. Conforme mencionado anteriormente, todos os governos só podem governar enquanto recebem reposição das fontes necessárias de seu poder a partir da cooperação, submissão e obediência da população e instituições da sociedade. O desafio político, ao contrário da violência, é perfeitamente capaz de cortar aquelas fontes de poder²⁹².

Atente-se a parte da reportagem publicada no jornal o Estadão, quanto à revolução ocorrida no Egito, a qual, segundo foi constatado, utilizou-se da mencionada obra para fins de planejamento e execução de seus protestos:

De acordo com Ahmed Maher, um dos líderes do Movimento 6 de Abril, que organizou os protestos contra Mubarak, os dissidentes conheceram os textos de Sharp analisando o movimento sérvio Otpor, o qual ele influenciou. Mais tarde, quando o Centro Internacional sobre Conflitos Não-Violentos deu um workshop no Cairo, alguns dos textos do cientista político foram traduzidos para o árabe.

De acordo com Dália Ziada, blogueiro egípcio e ativista pró-democracia, as ideias de Sharp – principalmente sobre atacar as fraquezas dos ditadores se tornou popular no movimento.

Sharp, de 83 anos, vive hoje em uma pequena casa em Massachusetts, comprada em 1968. Assistiu à revolução egípcia pela televisão. “O povo do Egito fez isso. Não eu.”, diz, sobre seu trabalho²⁹³.

²⁹²SHARP, Gene. **Da Ditadura à Democracia**. Uma estrutura conceitual para a libertação, p.23.

²⁹³O “GURU” dos manifestantes egípcios. **Radar Global**: o blog internacional do Estadão. Jornal Estadão. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-global/o-guru-dos-manifestantes-egipcios/>>. Acesso em 25 jun. 2012.

Traz-se a baila estes dois exemplos, porém certamente haveria muitos outros grandes nomes de pacifistas a citar que defenderam a não violência e a defesa dos Direitos Humanos, contra os regimes totalitários, a que se fazer menção, como a Nelson Mandela, na África, Martin Luther King, D. Zacarias Kamwenho, em Angola, Xanana Gusmão, no Timor Leste, Anna Harendt, entre outros.

Fato é que a história vem demonstrando que há uma consciência de pacificação em formação, e que a não violência é meio eficaz para combater regimes ditatoriais. Seja ela instrumental ou institucional, o que merece relevo é que o debate está aberto.

Embora o Pacifismo Institucional do professor Luigi Ferrajoli possa parecer algo distante, a se ver acontecer a longuíssimo prazo, pois depende não só da vontade dos civis, mas também da vontade das grandes potências em abrir mão de sua soberania nacional em prol de uma democracia constitucional global, são ações como as ora apresentadas, que corroboram que a teoria da solução pacífica de conflitos é efetiva na prática, que fazem crer que o mundo está farto do passado de Guerra perpetrado até os tempos atuais, e que a defesa de qualquer teoria militar ao contrário, inevitavelmente, será sempre contrária ao direito, eis que esta é sua negação, diante de seu propósito de método pacífico de solução de controvérsias, e de garantia dos direitos universais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Paz é Direito Fundamental inerente a todos os seres humanos, e como tal, deve ser resguardada e garantida por todos os Estados aos seus cidadãos, e por todos ao mundo.

Por tratar-se de direito fundamental, tem destes todas as prerrogativas e assim, deve ter assegurada portanto, a sua eficiente garantia, partindo-se sim, primeiramente, de uma consciência de Paz, para atitudes pacificadoras, em estrita observância ao ordenamento jurídico.

Como bem delineado a Guerra é a negação do direito já que este existe com o fim único de traçar métodos e condições para a solução pacífica de controvérsias. Nesta esteira de pensamento, pensar a Guerra, com todos os efeitos colaterais que provoca, tanto às vítimas, quanto ao meio ambiente, quanto aos aspectos econômicos e culturais dos Estados, faz cair por terra qualquer tentativa que se almeje em legitimar o conceito de Guerra Justa. Não há Guerras justas, tratando este de um conceito arcaico, o qual foi sim útil para o tempo em que foi pensada a teoria, ou seja para refrear a vontade do soberano, e limitar seus poderes quanto aos combates.

A análise do professor Luigi Ferrajoli acerca das últimas Guerras, deixa evidente a ilegalidade e a atrocidade das mesmas, as quais jamais alcançaram o fim a que se propunham, traduzindo-se como métodos de vingança pelas grandes potencias em detrimento dos países pobres. Seja por razões econômicas ou políticas, as Guerras, da forma como travadas, sem respeitar os tratados internacionais, nem mesmo as regras de direito humanitário, e, inclusive desrespeitar a própria Carta da ONU de 1945, somente podem conduzir a uma conclusão: a Guerra, em razão de sua falibilidade, deve ser rechaçada pelo direito, ocupando-se este sim, por assegurar o direito a Paz a todos.

Na obra de Ferrajoli, a proposta por um Pacifismo Jurídico convida a pensar, a repensar o atual cenário internacional, sob o ponto de vista normativo. Como um primeiro passo para tanto, ressalta a necessidade da total subscrição dos Estados aos mais de 140 tratados internacionais e protocolos de Direitos Humanos, os quais colocam em funcionamento um conjunto institucional

que se encarrega de supervisionar, controlar e garantir o cumprimento das obrigações por parte dos Estados, colocando sob algumas condições de sua soberania no que tange aos Direitos Fundamentais, principalmente sob a égide da ONU.

Tal atitude se faria galgar o próximo passo, qual seja de uma democracia internacional de direito, estruturada segundo o paradigma do Estado institucional de direito, o qual já foi alinhavado pela Carta da ONU e fundamentada nos princípios da solidariedade e do autogoverno.

No entanto, a realidade é que o ordenamento jurídico internacional, da maneira como se encontra hoje, ainda que dotado de uma constituição embrionária, qual seja a Carta da ONU, não se consolida senão como promessas não cumpridas, justamente em razão da ausência de instituições de garantia dos direitos.

Neste panorama, e diante da atual crise que os Estados vem atravessando, pois são pequenos demais para constituir garantias internacionais, ainda que a título mercadológico, e são grandes demais para deixarem de exercer a sua plena soberania, a resposta seria a constituição de uma esfera pública internacional.

Como salienta Ferrajoli, a ausência de uma esfera pública internacional, compreendida esta como um conjunto de instituições e funções destinadas a tutela de interesses gerais, como a Paz, a segurança, e os Direitos Fundamentais que constituem o pressuposto tanto da política como da democracia, produziu um vazio de direito público, diante da ausência de regras, limites e vínculos que garantam a Paz e os Direitos Humanos.

Afirma o autor, que os Estados, em que pese a globalização iminente e irreversível, ainda não construíram uma esfera pública a altura dos processos de globalização que estão acontecendo, faltando assim, instituições internacionais encarregadas de garantir os direitos decorrentes do fator globalização, ou seja, a assegurar a Paz, a mediação de conflitos, de regulação do mercado e de tutelar os bens e Direitos Fundamentais de todos. Destaca ainda, que os fins da esfera pública, a Paz, a segurança à tutela, os bens e

Direitos Fundamentais, interessam a todos, incluindo o mundo dos negócios, restando claro que se trata de objetivos que, por sua própria natureza, não podem ser alcançados por meios privados, senão somente através dos meios públicos.

Essa ausência de um esfera internacional tem provocado ainda a exaltação da conseqüência mais notória da globalização, que é o crescimento da desigualdade. Embora a humanidade seja hoje incomparavelmente mais rica, e sim, muito mais iguais no plano jurídico, no plano fático, o que encontra é um crescimento exponencial da quantidade crescente de seres humanos exterminados pela fome, pela miséria, pelas doenças, que não recebem auxílio algum, pois não são hoje, interessantes para os mercados globalizados. Colocar um fim a esta omissão de socorro, não é só um dever derivado do direito a saúde consagrado nos Pactos Internacionais de 1966, mas também uma questão indiscutível para garantir a Paz e a segurança.

Essa esfera internacional implica ainda, portanto, em que os Estados reconheçam e tomem consciência, principalmente as grandes potências, de que o mundo se encontra unido não somente por um mercado global, mas também pelo caráter global e indivisível da segurança e da Paz, assim como da democracia e dos direitos.

Salienta Ferrajoli que, no plano internacional, com o objetivo de salvaguardar a Paz e a tutela dos direitos, o que falta não é tanto a democratização da ONU, mas sim a introdução de técnicas adequadas de garantia.

No que tange à proteção da Paz, à prevenção do terrorismo e da criminalidade, sugere o autor que seria necessário promover senão um desarme generalizado como pressuposto de um monopólio internacional da força, pelo menos um desarme dos sujeitos privados através de rígidas convenções internacionais para a proibição da produção, do comércio e da posse de armas, e estas deveriam, tendo em vista seu fim último, que é matar, deveriam ser considerados bens ilícitos.

Como o objetivo de tutelar a Paz e a segurança internacional seria necessário instituir a força de polícia internacional, prevista no capítulo VII da Carta da ONU, e seria preciso, ainda, tornar operante o quanto antes a

competência do Tribunal Penal Internacional, no que concerne ao delito de Guerra de agressão, previsto na alínea d) do artigo 2 da Carta da ONU, e principalmente, proceder a uma definição que delimite de modo rigoroso a hipótese de legítima defesa, hoje perigosamente invocada inclusive a título preventivo, e nos simples casos de suspeita de agressão.

Quanto a tutela dos Direitos Humanos ou fundamentais, a construção de uma esfera internacional passa pela criação ou pelo reforço do que se poderia chamar instituições internacionais de garantia, ressaltando-se que, para tanto, o acontecimento neste sentido, mais importante, foi a entrada em funcionamento em julho de 2002, do Tribunal Penal Internacional para crimes contra a humanidade. Porém, certo é que sua credibilidade e sua eficiência dependem da opinião pública internacional, e principalmente de sua aceitação pelos Estados, os quais, dentre eles, Estados Unidos, Rússia, China e Israel, tem se negado a ratificá-lo, justamente por temor a ver incriminados os seus cidadãos e representantes.

O autor reforça que neste contexto, fundamentalmente no que concerne a Paz, seria garantir o monopólio da força para ONU, através da instituição de uma força de polícia internacional, sob a direção estratégica do Comitê de Estado maior, previsto no artigo 47 da Carta da ONU.

Suscita ainda, que quanto aos problemas sociais, como a miséria, a fome, para diminuir as desigualdades e buscar o socorro e o auxílio universais, deveriam ser organizadas instituições dirigidas a satisfazer os direitos sociais previstos pelos Pactos de 1966. Existem instituições neste sentido, como a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação - FAO²⁹⁴, ou a Organização Mundial de Saúde – OMS, porém, falta dotá-las de meios e poderes necessários para o fornecimento de prestações alimentares e sanitárias.

²⁹⁴A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) lidera os esforços internacionais de erradicação da fome e da insegurança alimentar. Criada em 16 de outubro de 1945, a FAO atua como um fórum neutro, onde todos os países, desenvolvidos e em desenvolvimento, se reúnem em pé de igualdade para negociar acordos, debater políticas e impulsionar iniciativas estratégicas. Atualmente a FAO tem 191 países membros, mais a Comunidade Europeia. Nossa sede central é em Roma, Itália, e nossa rede mundial compreende cinco escritórios regionais e 78 escritórios nacionais. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/fao/>>. Acesso em 12 jul. 2012.

No mesmo norte a perspectiva para outras tutelas, como o meio ambiente, habitação, entre outros direitos vitais deveriam instituir-se.

Defende por fim, como a inovação mais decisiva para a construção de uma esfera pública internacional, a introdução de um sistema fiscal mundial, ou seja, de um poder supraestatal de taxação encarregado de coletar os recursos necessários para financiar as instituições de garantia, apontando uma espécie de Taxa Tobin sobre as transações internacionais, aclamada pelos movimentos anti-globalização.

E ainda mais justificada, seria a previsão de um ressarcimento, ou de uma adequada contraprestação por enriquecimento ilícito a cargo das empresas dos países mais ricos, como consequência da exploração, quando não do dano, de bens comuns à humanidade, como as órbitas dos satélites, o ar e os recursos minerais do fundo do oceano, utilizados a título gratuito como se fossem *res nullius*, e não bens de patrimônio da humanidade como previsto nas Convenções internacionais sobre o mar e sobre o espaço extra-terrestre.

A tese esboçada pode parecer utópica, no entanto, os primeiros e decisivos passos neste sentido já foram dados: a constituição da ONU e a instituição do Tribunal Penal Internacional. Resta agora os estados tomarem consciência da necessidade e imprescindibilidade de que haja essa cooperação mundial, como fim único de suprir esse vazio de direito público que hoje, em uma sociedade cada vez mais frágil e interdependente, não se sustentará a longo prazo sem que conduza a um futuro de Guerra, violência e terrorismo constantes, o que coloca em risco a sobrevivência de todos, inclusive das democracias.

Entretantes, enquanto se galgam os degraus rumo a uma solução para a atual “anarquia internacional” a prática da não violência, tão defendida por Gandhi, e que resultou em tantos êxitos para o povo indiano, inclusive a autonomia da Índia, vem ganhando a simpatia de milhões de cidadãos no mundo inteiro, inclusive no Oriente Médio.

A divulgação do livro do escritor Gene Sharp – Da Ditadura à Democracia, com princípios totalmente divorciados da violência e da Guerra

armada, justamente chamada de política de ação não violenta, conforme consta de inúmeros meios de informação, inspirou e guiou os protestos que derrubaram Slobodan Milosevic na Sérvia, Victor Yanukovych na Ucrânia, Mubarak no Egito, e ainda movimentos de protesto na Geórgia, na Tunísia, no Irã, Bahrein, Líbia, Iraque, Argélia.

Se extrai que os cidadãos do mundo estão preocupados. Estão preocupados em como defender-se, porém cansados da Guerra, até mesmo diante de que, frente ao Estado, este sempre será mais potente e superior neste quesito. Conflitos existem, principalmente no oriente médio, por fins religiosos ou étnicos, entretanto, não há como se negar que está ocorrendo uma mudança de consciência neste sentido, talvez porque todos estejam entendendo, que em uma Guerra, não há vencedores. Todos perdem.

Perdem as vítimas e os combatentes. Não há soldados que, ainda que ao voltar da Guerra com vida, não tenham parte dela comprometida com pesadelos, perturbações e recordações da Guerra, que os persigam a vida inteira. Não há soldados que deixem de estar com seus familiares, deixem de ver seus filhos, pelo então aclamado “amor à pátria”, que não sintam extrema tristeza ao deixá-los, e também, não há mães que tenham seu coração sossegado em saber que seu filho foi para a Guerra.

Perde o Estado e os demais, perdem vencedores e vencidos. A Guerra tão somente traz destruição, a derrocada da economia, dos bens e do meio ambiente. Assim, somente através de instituições de garantia internacionais é que se poderá pensar em um futuro diferente do já então traçado pelos realistas, sendo dito ainda, como natural. Um futuro de Guerras e de disparidades entre os estados. O Pacifismo Jurídico vem apresentar alternativas para que a “profecia” dos realistas não seja cumprida.

Essa mudança de mentalidade, que já vem sendo sentida nas massas, deve ser abraçada pelos Estados, através de decisões políticas que passem a assumir o que realmente deve ser feito e não somente o que se quer fazer, e, como finaliza Ferrajoli: “se não por razões morais e jurídicas, ao menos

para proteger nossa segurança e nossa sobrevivência, a dizer, os nossos próprios interesses”²⁹⁵.

²⁹⁵“Se no por razones Morales y jurídicas, al menos para proteger nuestra seguridad y nuestra supervivencia, es decir, nuestros propios intereses” FERRAJOLI, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**, p. 150 (Trad. da Autora).

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O Direito à Paz: A Constitucionalização de um Direito Fundamentalmente Humano**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo –SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2518.pdf>. Acesso em 18 jun. 2012.

ARCOS, Federico Ramirez. Se puede hablar de guerras justas? In: CAMPOY, Ignacio *et al* (Eds.). **Desafios actuales a los derechos humanos: Reflexiones sobre el derecho a la paz**. Madrid: Dykinson.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O problema da Guerra e as vias de paz**. Trad. Alvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, São Paulo, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/index.shtm>. Acesso em 18 jun. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. In: GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 420-423, jul./dez. 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Juruá: Curitiba, 2009.

_____; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>>. Acesso em 15 jun. 2012.

D'ENTREVES, Alessandro Passerin. Derecho natural. In: D'ENTREVES, Alessandro Passerin *et al*. **Crítica del Derecho natural**. Trad. Elías Díaz. Madrid: Taurus, 1966.

DURÁN, Carlos Villán. **Curso de Derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2002.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El iusnaturalismo. In: FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; CID, Benito de Castro. **Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural**. 3.ed. Madrid: Universitas, 2001.

_____, Luigi. **Razones Jurídicas del Pacifismo**. Ed. Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.

GANDHI, Gandhi. **His Own Words**. Martin Green (dir.). University Press of New England: Hannover e Londres, 1997.

GANDHI, Mohandas Karamanchand. **Autobiografia** – minha vida e minhas experiências com a verdade. São Paulo: Palas Athena, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343. Acesso em 17/01/2012.

_____. “Novos” Direitos Fundamentais: características básicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654>. Acesso em jun. 2012.

_____. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, [p. 420-423], jul./dez. 2005.

GARCÍA, Eusebio Fernández. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In: GARCÍA, Eusebio Fernández; PECES-BARBA, Gregorio (org.). **História de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998, p. 571-599 *apud* GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais, **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul/dez. 2005.

GENTILI, Alberico. **O direito de Guerra**. Coleção Clássicos do Direito Internacional. Ijuí: Unijuí, 2005, p.93.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. **Educação para a paz: sentidos e dilemas**. Rio Grande do Sul: Universidade Caxias do Sul, 2008.

HORTA, Raul Machado. Constituição e Direitos Individuais. **Separata da Revista de Informação Legislativa**, a. 20, n. 79, p. 147-148, julho/set. 1983.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Antonio Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. **Paz perpétua**. Um projeto Filosófico. Trad. Artur Morão. Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Luso Sofia press, 2008.

LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o governo civil, ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes; Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: LUÑO, Antonio Enrique Pérez *et al.* **Los derechos humanos**: Significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979, p. 17.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. **La tercera generación de los derechos humanos**. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2006.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Trad. Fauzi H. Chourk. Florianópolis: Conceito, 2010.

MONDIN, B. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Edições Paulinas, 1980.

O "GURU" dos manifestantes egípcios. **Radar Global**: o blog internacional do Estadão. Jornal Estadão. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-global/o-guru-dos-manifestantes-egipcios/>>. Acesso em 25 jun. 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

_____. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

_____. Tránsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales, p.7-8, 53-122 *apud* GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais, **Novos Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul/dez. 2005.

PETTITI, Louis. The Third Annual Hammer Conference on Peace and Human Rights, 1980, *apud* ASSMAN, Bárbara Rodrigues. Reflexiones jurídicas y políticas sobre el derecho a la paz. **Revista de Ciências Jurídicas**, San José, v. 55, p. 37, 1986.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

SHARP, Gene. **Da Ditadura à Democracia**. Uma estrutura conceitual para a libertação. Trad. José A.S. Filardo. São Paulo: The Albert Einstein Institution, 2010.

VARGAS, Diego Urise. **La tercera generación de derechos humanos y la paz**. Colômbia: Plaza y Janes, 1983.

VASAK, Karel. Pour un troisième generation des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe (Ed.). **Studies and Essayson International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet**. Genève – The Hague: ICRC – M. Nijhoff, 1984.

WIEACKER, Franz. **História do Direito privado moderno**. Trad. António M. Hespanha. Lisboa:Fundação CALouste Gulbenskian, 1980.