

**TRADUÇÕES /**  
*TRANSLATIONS*

---



# OS DIREITOS PARA ALÉM DO ESTADO. A DECLARAÇÃO DE 1948 E A SUA RETÓRICA ‘UNIVERSALISTA’\*

## *O DIRITTI OLTRE LO STATO. LA DICHIARAZIONE DEL 1948 E LA SUA RETORICA “UNIVERSALISTICA”*

PIETRO COSTA\*\*

### 1. INTRODUÇÃO

A Declaração de 1948 é um documento complexo, tanto pela sua gênese, como pelo seu conteúdo. Ainda seria útil, apesar da ampla literatura disponível, uma análise histórica aprofundada, uma investigação detalhada do processo que conduziu à redação do texto, assim como uma leitura atenta dos seus artigos (das suas conexões e eventuais contradições ou tensões). No que diz respeito ao primeiro aspecto, em particular, seria necessário não somente o empenho na ilustração minuciosa dos ‘trabalhos preparatórios’, na investigação, em suma, da gênese imediata do texto, mas, também, estender a análise a sua gênese remota, reconstruindo as ‘filosofias’ que circulavam nos anos trinta e quarenta na América e, mais genericamente, nas compósitas fileiras empenhadas na guerra contra o ‘totalitarismo’ nacional-socialista e fascista.

Nenhum desses objetivos pode ser razoavelmente perseguido no breve espaço de uma palestra. O meu objetivo, portanto, será simplesmente elencar alguns dos nós principais da Declaração (e do seu processo genético): uma espécie de ‘sumário reflexivo’ de temas que somente uma pesquisa de respiro muito mais amplo poderia destrinchar.

### 2. A “GUERRE DES DROITS DE L’HOMME” E O “RENASCIMENTO” DO JUSNATURALISMO

A Declaração de 1948 chama a atenção pela sua ‘excentricidade’, pela sua distância em relação ao clima cultural oitocentista: a própria ideia de uma declaração de direitos, e de uma declaração que se pretende, ainda, ‘universal’, parece nos levar inesperadamente para trás no tempo, colocando-nos novamente em contato com uma cultura político-jurídica que parecia longínqua e irrecuperável; a cultura iluminista e jusnaturalista que alimentara

---

\* Publicado originalmente em SALVATI, Mariuccia (a cura di). *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*. Roma: Ediesse, 2006. Tradução da língua italiana por Ricardo Sontag. E-mail: ricardosontag@ufmg.br

\*\* Professor emérito de História do Direito Medieval e Moderno, *Università degli Studi di Firenze* (Itália).

a fase setecentista das ‘Cartas de direitos’, mas que parecia já ter exaurido há tempos a sua força propulsora.

Na realidade, a redação da Declaração de 1948 não é uma operação nostálgica ou restauradora de modelos longínquos (ainda que não seja impossível indicar algumas analogias não meramente extrínsecas entre a Carta de 1948 e os distantes precedentes setecentistas). As suas raízes são recentes e a linfa que a nutre é o empenho ético-político despendido na luta contra o ‘totalitarismo’.

Não é possível compreender o sentido da Declaração universal de 1948 sem colocá-la no horizonte da guerra antifascista. Cassin, o jurista francês que é um dos protagonistas do processo que leva à redação da Carta de 1948, escreve isso claramente: a recente guerra – escreve Cassin em uma nota ao *Quai d’Orsay* de 27 de fevereiro de 1947 - “foi a guerra dos direitos do homem”, combatida com o objetivo de “recolocar no primeiro plano os direitos do indivíduo”<sup>1</sup>.

Os direitos são uma palavra de ordem na guerra antifascista antes mesmo que se afirme a ideia de uma formal e solene Declaração universal de direitos. É preciso combater por alguma coisa e a defesa do indivíduo e dos seus direitos é uma estratégia retórica eficaz exatamente porque é capaz de capturar o ponto nevrálgico dos regimes totalitários: caracterizados por uma inédita capacidade de se apoderar do corpo e da mente do sujeito, de esmagar a sua capacidade de resistência, de usá-lo como peão de uma imensa massa de manobra.

Combate-se para salvar o indivíduo e os seus direitos; mas não se combate pela simples restauração de uma Europa *fin de siècle*, já distante e irrecuperável. Reclamar a liberdade (a liberdade do liberalismo oitocentista) pode bastar para um filósofo como Benedetto Croce, mas não é uma palavra de ordem capaz de mobilizar as massas contra o inimigo. Combate-se por uma nova liberdade: não a liberdade de Croce, mas a liberdade de Roosevelt, uma liberdade que inclui a liberação do medo e da necessidade<sup>2</sup>; uma liberdade que, na Europa, se traduz no famoso plano do liberal Beveridge. E a perspectiva não muda se olharmos para a resistência, na França ou na Itália. Mesmo na Babel dos diversos idiomas filosóficos, vem se criando um tecido lexical e retórico comum onde os direitos se anunciam como a pedra fundamental da ordem futura. Basta pensar em Carlo Rosselli, na “*Giustizia e Libertà*”, em Guido Calogero e nos primeiro e segundo “*Manifesto del liberalsocialismo*” (de 1940 e de 1941)<sup>3</sup>: é dominante a ideia da centralidade do sujeito, da sua originalidade, da sua liberdade. A liberdade, para o liberal-socialismo, porém, não é simplesmente a afirmação de um espaço individual protegido e inviolável, mas é também liberdade social, liberdade da

---

1 A citação está em M. Agi, *L’action personnelle de René Cassin*, in *La Déclaration universelle des droits de l’homme 1948-98. Avenir d’un idéal commun* (Actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre à la Sorbonne, Paris), La Documentation française, Paris, 1999, p. 167.

2 Cf. por exemplo E. Foner, *Storia della libertà americana*, Donzelli, Roma, 2000.

3 Cf. G. Calogero, *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi*, org. por M. Schiavone, D. Cofrancesco, Marzorati, Milano 1972.

necessidade, empenho participativo: é uma liberdade que deve se conjugar com a justiça, traduzindo-se em uma multiplicidade de direitos – civis, políticos e sociais – que tutelem a autonomia individual sem identificá-la, porém, com a defesa do privilégio econômico de uma minoria<sup>4</sup>.

Basta pensar, ainda, em uma tradição profundamente diferente: o catolicismo, sobretudo francês, dos anos trinta e quarenta, o personalismo de Jacques Maritain e de Emmanuel Mounier. Colocar a pessoa no centro da ordem<sup>5</sup>: é com base nisso que Maritain, entre 1936 e 1943, faz uma escolha cada vez mais clara pela democracia. Certamente, a pessoa de Maritain não é o indivíduo de Calogero ou de Norberto Bobbio, e as respectivas ‘antropologias filosóficas’ continuam muito distantes entre si. A consequência político-jurídica das duas diferentes perspectivas, porém, é bem menos distante e se resolve, substancialmente, em uma refundação da democracia; uma democracia contraposta aos totalitarismos, porque fundada no primado do sujeito; mas, também, uma democracia distante do liberalismo oitocentista porque fundada em direitos que tornam socialmente aberta e responsável a liberdade<sup>6</sup>.

Basta pensar, enfim, em um terceiro tema, que, de Luigi Einaudi e dos federalistas ingleses dos anos trinta<sup>7</sup>, alcança as fileiras de “*Giustizia e Libertà*”, e, sobretudo, no Manifesto de Ventotene, Altiero Spinelli: o federalismo<sup>8</sup>. A reflexão federalista gira em torno de uma convicção fundamental: de que a opressão totalitária se desenvolve a partir do dogma (oitocentista) do Estado-nação, titular de uma soberania absoluta e incontrolável. A soberania absoluta é uma ameaça constante contra a liberdade individual: é preciso neutralizá-la com o federalismo interno e externo; multiplicando as autonomias dentro do Estado e inserindo o Estado em unidades políticas de alcance mais amplo: começando a olhar, para além dos Estados nacionais, na direção de uma ordem supranacional.

A autonomia do indivíduo, a multiplicação dos direitos (liberdade e justiça, exatamente), a superação da soberania estatal: esses são os grandes temas que circulam nos anos de guerra, nas compósitas e heterogêneas fileiras antifascistas, alimentando a expectativa de um vindouro mundo novo em breve, que nasceria sobre as ruínas dos regimes ‘totalitários’.

4 Sobre o liberalsocialismo, cf. M. Bovero, V. Mura, F. Sbarberi (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo*, La Nuova Scientifica, Roma 1994; F. Sbarberi, *L'utopia della libertà uguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio*, Bollati Boringhieri, Torino 1999.

5 Cf. J. Maritain, *Umanesimo integrale* (1936), Borla, Torino 1962.

6 Sobre Maritain, cf. P. Viotto, *La persona secondo Maritain*, in V. Melchiorre (a cura di), *L'idea di persona*, Vita e Pensiero, Milano 1996, p. 431-455; G. Galeazzi, *Jacques Maritain un filosofo per il nostro tempo*, Massimo, Milano 1999; Ph. Chenuaux, *Entre Maurras et Maritain: une génération intellectuelle catholique (1920-1930)*, Les Editions du Cerf, Paris 1999.

7 Cf. Ph. Kerr (Lord Lothian), *Pacifism is not enough. Collected Lectures and Speeches*, org. por J. Pinder e A. Bosco, Lothian Foundation Press, London – New York 1990.

8 Cf. C. Malandrino, *Federalismo: storia, idee, modelli*, Carocci, Roma 1998.

Se está se desenvolvendo, então, um crescente consenso tanto sobre o diagnóstico dos males que afligem o século XX quanto sobre a terapia (a “doença” é o estatalismo e a “cura” é a valorização dos direitos e a subtração deles da órbita do Estado), é compreensível que adquira um novo esmalte uma doutrina que permaneceu relativamente marginalizada na cultura oitovecentista, mas, certamente, nem por isso desaparecida do horizonte: o jusnaturalismo.

De fato, é notável o séquito formado pelo jusnaturalismo nos anos da guerra, e, mais ainda, logo depois da guerra: quando vários Estados europeus (Itália, França, Alemanha) estavam empenhados em um processo constituinte capaz de assinalar um ponto de não-retorno em relação ao passado ‘totalitário’, enquanto a organização das Nações Unidas tentava lançar as bases de uma nova ordem internacional. Exatamente nesse período multiplicam-se as propostas que poderíamos chamar de ‘jusnaturalistas’: do jusnaturalismo protestante ao jusnaturalismo católico, de um jusnaturalismo transigente e aberto a demandas historicistas a um jusnaturalismo tradicionalista e dogmático, florescem por toda a Europa, sobre um tronco que parecia já ressecado, filosofias que, em nome do direito natural (entendido de várias maneiras), demonstram-se ansiosas para soltar a ordem jurídica do abraço sufocante do Estado<sup>9</sup>.

Não posso adentrar nesse complicado emaranhado de sendas neojusnaturalistas. Porém, eu gostaria de lembrar alguns testemunhos desse *Zeitgeist* marcado pela exigência de se distanciar da absolutização oitovecentista do Estado-nação.

É preciso, em primeiro lugar, levar em consideração a contribuição das orientações de inspiração cristã (católicos e protestantes) para o “renascimento” do direito natural logo depois da guerra. Certamente, falar de “renascimento” é uma expressão que corre o risco de ser enfática. A tradição jusnaturalista, de fato, não tinha desaparecido. É verdade que ela foi relegada às margens do debate oitovecentista, onde perspectivas, ainda que muito diferentes (do historicismo ao positivismo jurídico, da sociologia positivista à antropologia darwiniana), tinham em comum a negação de um (metahistórico e metapositivo) ‘direito natural’. A doutrina social da Igreja católica, porém, - fortemente ancorada na filosofia tomista que Leão XIII (o papa da “*Rerum novarum*”) tinha contribuído para relançar – continuava dependendo de uma robusta matriz jusnaturalista.

Talvez seja preciso ter presente que, no interior de tal tradição, a relação com a democracia e com os direitos do sujeito tornou-se problemática

---

9 Sobre o jusnaturalismo do segundo pós-guerra, cf. a exauriente reconstrução de H. D. Scheulauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Bachem, Köln 1968. Cf. também W. Maihofer (hrgs.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Gentner Verlag, Bad Homburg von der Höhe 1962 e A. Reber, *Katholische und Protestantische Rechtsbegründung heute*, Knecht, Frankfurt 1962.

no momento em que a Igreja, pelo menos na Itália, teve que se confrontar, sobretudo nos anos trinta, com a ideologia fascista. Somente com a guerra e com a aproximação do traumático fim dos regimes totalitários é que o paradigma tomista-jusnaturalista redescobre, ao mesmo tempo, a democracia e os direitos. É o que acontece com duas mensagens radiofônicas de Pio XII, do Natal de 1942 e do Natal de 1944, dominadas pela exigência de marcar distância de um mundo em que a guerra tinha desvelado as potencialidades anticristãs: diante de um Estado que expressara a sua potência totalitária, era preciso valorizar o direito natural apresentando-o como um parâmetro absoluto e indisponível que o povo é instado, em caso de extrema necessidade, a defender.

Neotomista e jusnaturalista, ainda, é o quadro de referência que sustenta Maritain no percurso que, de uma inicial consonância com a *Action Française* de Charles Maurras, leva-o à teorização de uma ordem centrada no primado da pessoa e dos seus direitos, bem como à descoberta de uma democracia que seria não uma mera restauração das liberdades liberais oitocentistas, mas que possibilitaria a participação de todos nos “bens materiais e espirituais do capital comum”<sup>10</sup>.

Os velhos e novos direitos do homem, os direitos que tutelam a liberdade assim como os direitos que valorizam a participação política ou que garantem a satisfação das necessidades vitais, são expressão de uma ordem natural que tem em Deus o seu fundamento último. A democracia, tanto ‘social’ quanto ‘política’, é assumida, agora, como uma consequência obrigatória da lei natural, que, por sua vez, realiza-se em uma multiplicidade de direitos capazes de tutelar o ser humano na variedade das suas exigências espirituais e vitais<sup>11</sup>.

É excessivo falar de “renascimento” do jusnaturalismo; mas, certamente, é nova a sua capacidade de influenciar, no segundo pós-guerra, tanto o ‘discurso público’ quanto os processos constituintes, deixando neles traços evidentes do seu idioma teórico. Mas é preciso levar em consideração, também, que o jusnaturalismo do segundo pós-guerra é um fenômeno compósito, onde verdadeiras doutrinas de direito natural se misturam com orientações que dificilmente poderíamos inscrever na tradição jusnaturalista, mas que estavam dispostas a compartilhar alguns temas importantes de tal tradição, como a crítica ao positivismo e a valorização dos direitos fundamentais e a sua inviolabilidade. Poderíamos falar, em outras palavras, de um jusnaturalismo ‘em sentido estrito’ e de um jusnaturalismo ‘em sentido lato’; um jusnaturalismo que se apresenta não tanto como uma ‘doutrina’, mas como uma exigência difusa, como um ‘clima’ cultural que se desenvolveu em torno de dois princípios-chave: a insatisfação diante de qualquer absolutização do Estado (em particular, a

10 J. Maritain, *Cristianesimo e democrazia* (1943), Vita e Pensiero, Milano 1977.

11 Cf. J. Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Vita e Pensiero, Milano 1977.

recusa em assumi-lo como fundamento do direito) e a atribuição aos direitos de um papel fundante e autônomo.

Um testemunho de grande relevo, desse ponto de vista, são os últimos escritos de Gustav Radbruch. Entre 1945 e 1949 (o ano da sua morte), o filósofo alemão, ‘exilado no próprio país’ durante os anos do domínio nacional-socialista, publica ensaios pontuais que giram em torno da exigência de se distanciar, ao mesmo tempo, do totalitarismo nacional-socialista e do positivismo jurídico. Ao primeiro ele imputa a destruição da certeza do direito em nome do absoluto e incontrolável poder do *Führer* e do partido, e critica o segundo por ter negligenciado o papel dos valores na vida do ordenamento jurídico, transformando-se, conseqüentemente, em uma ideologia da obediência, em legitimação de uma inerte aquiescência à autoridade<sup>12</sup>.

Ao contrário, para o neokantiano Radbruch, os valores são um componente indispensável do discurso jurídico, e um valor essencial é exatamente a *Rechtssicherheit* [segurança jurídica] que o totalitarismo tinha minado pela raiz. Certamente, a *Rechtssicherheit* não é o único parâmetro valorativo a ser levado em consideração. Ao lado dela, e em tensão com ela, coloca-se, para Radbruch, a justiça, cujo núcleo duro é a igualdade<sup>13</sup>. Justiça e segurança são, ambos, valores essenciais e irrenunciáveis, é preciso conciliar com equilíbrio as suas respectivas exigências. Em caso de embate, a certeza do direito é tão importante a ponto de ser preferível o respeito à lei em detrimento da perfeita realização da justiça.

Acontecem, porém, duas exceções: a primeira ocorre quando a discrepância entre a lei positiva e a justiça é tamanha a ponto de tornar a primeira um “direito iníquo”, um “*unrichtiges Recht*”<sup>14</sup>; a segunda, quando a lei é concebida em geral como uma sistemática violação da justiça-igualdade, de modo a tornar ainda mais flagrante e radical a violação da justiça.

A pretensa lei perde, então, nesse último caso, a natureza de uma verdadeira norma jurídica (“*entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur*”<sup>15</sup>), enquanto, no caso anterior, é preciso avaliar concretamente se a gravidade do desvio é tamanho a ponto de estarmos diante de um “*unrichtiges Recht*”<sup>16</sup>.

12 Cf. G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), in Id., *Rechtsphilosophie III*, org. por W. Hassemer [*Gesamtaufgabe*, org. por A. Kaufmann, Band 3], Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1990, p. 78.

13 G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, org. por D. Pasini, Giappichelli, Torino 1959, p. 106-107.

14 G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in Id., *Rechtsphilosophie III*, cit., p. 88.

15 *Ivi*, p. 88-89.

16 É a chamada “fórmula de Radbruch”, durante muito tempo influente na jurisprudência. Cf. a exauriente e interessante contribuição de G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001.



Um “direito injusto”: emergem claramente, nos escritos tardios de Radbruch, o tema da insuficiência de uma fundamentação estatalista do direito e a exigência de identificar parâmetros jurídicos resistentes aos possíveis ataques do ‘soberano’. E é a apaixonada denúncia das insuficiências do positivismo jurídico que suscitam o debate sobre a ‘conversão’ ao jusnaturalismo do último Radbruch. Trata-se, de fato, de uma questão interpretativa bastante delicada<sup>17</sup>: se, por um lado, o reclame pelos valores e o ataque ao positivismo podem ser encontrados já inscritos nas premissas neokantianas da filosofia de Radbruch, também é verdade que, nos seus últimos ensaios, o filósofo alemão fala francamente de direito ‘natural’ ou ‘racional’<sup>18</sup>, que ele está procurando possíveis ‘constantes’ no desenvolvimento da civilização jurídica, colocando a sua *Vorschule der Rechtsphilosophie* em continuidade ideal com os velhos cursos de ‘direito natural’<sup>19</sup>.

Qualquer que seja o parecer sobre a (verdadeira ou pretensa) ‘conversão’ de Radbruch, o seu ‘jusnaturalismo’ é um testemunho eficaz daquele ‘clima’ a que eu me referia: um clima determinado pelo cruzamento, ou melhor, pela objetiva (ainda que parcial) convergência entre doutrinas jusnaturalistas *stricto sensu* (o tomismo maritainiano e de Giorgio La Pira, por exemplo) e orientações muito diferentes entre si (que podem ser chamadas de jusnaturalistas somente em sentido amplo): uma convergência que coincide, substancialmente, com a crítica ao estatualismo e com a valorização dos direitos fundamentais.

Amplamente compartilhados são os pontos de partida e o objetivo a ser perseguido: o distanciamento intransigente em relação ao passado, por um lado, e, de outro, a construção de uma ordem nova. Entre esses extremos (e em função deles) é que se situam as principais passagens argumentativas: a crítica ao positivismo legalista e estatalista; a exigência de que a ordem jurídica deve incluir remissões a valores e princípios, ou melhor, de que deve se estruturar em torno de princípios e valores irredutíveis à vontade do legislador; a referência à democracia como fórmula político-institucional mais apta para construir a ordem nova; a convicção de que a democracia implica uma redefinição do

---

17 Cf. por exemplo E. Wolf, *Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy*, in “Natural Law Forum”, III, 1958, p. 1 e seguintes; M. A. Cattaneo, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch dal relativismo al giusnaturalismo*, in “Rivista di filosofia”, 50, 1959, p. 61 e seguintes; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte*, Mohr, Tübingen 1963; V. Palazzolo, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Giuffrè, Milano 1983; K. Füsser, *Rechtspositivismus und gesetzliches Unrecht. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende*, in “Archiv. für Rechts – un Sozialphilosophie”, 78, 1992, 2, p. 301-310; R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997; R. Dreier e St. L. Paulson, *Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch*, in “Archiv. für Rechts – un Sozialphilosophie”, 85, 1999, 3, p. 463-468; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001, vol. III, p. 328 e seguintes, além de G. Vassalli, *Formula di Radbruch*, cit.

18 Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), cit., p. 79.

19 Radbruch, cit., p. 234.

sujeito e uma multiplicação dos seus direitos, resultando em uma superação dos limites ‘individualistas’ do liberalismo anterior à guerra.

O jusnaturalismo (tanto em ‘sentido estrito’ como em ‘sentido lato’) não permanece somente uma opção doutrinária, mas incide profundamente no processo de construção da nova ordem nacional e internacional. Radbruch não deixa de indicar como, da ideia de ‘humanidade’, descende o conceito de ‘dignidade humana’ que será amplamente acolhido pelas cartas de direitos do segundo pós-guerra, assim como ele sublinha aquelas que lhe parecem as primeiras, relevantes, projeções e consequências jurídicas do conceito de humanidade: o processo de Nuremberg, de um lado, e, de outro, o novo papel atribuído aos ‘direitos do homem’ no direito internacional<sup>20</sup>. Quanto a Maritain, é indiscutível o influxo sobre os católicos empenhados na redação da Constituição italiana (de Giuseppe Dossetti a Giorgio La Pira, Aldo Moro e Amintore Fanfani). Leiamos o discurso de La Pira na Constituinte<sup>21</sup>. A nova ordem deve se desenvolver em torno do primado da pessoa e dos seus direitos. O valor absoluto da pessoa e o vínculo imediato entre pessoa e direitos são a mais confiável garantia contra o fascismo porque rompem uma cadeia da qual o fascismo é o último elo: a cadeia estatalista, a ideia oitocentista (hegeliana, para La Pira) de um vínculo obrigatório entre indivíduo, direitos e Estado. Ao mesmo tempo, a ideia de pessoa, a ideia de um ser humano intrinsecamente social, impede o retorno ao individualismo liberal de outrora e exige o reconhecimento de uma vasta gama de direitos (civis, políticos e sociais).

Eis o terreno sobre o qual acontece o encontro, na assembleia constituinte, entre um católico de inspiração tomista e personalista como La Pira e expoentes do historicismo marxista como o socialista Lelio Basso e o comunista Palmiro Togliatti: a opção antifascista da Constituição e a convicção segundo a qual distanciar-se do fascismo coincide com o primado do sujeito e com a multiplicação dos direitos, com a harmonização entre direitos de liberdade e os direitos políticos e sociais. Explode o ostracismo oitocentista em relação àqueles direitos que o século XX chama de sociais: os direitos pelos quais se combate são concebidos como articulações diferentes da mesma liberdade-liberação proclamada por Roosevelt um mês depois do ataque japonês a Pearl Harbour.

E o fenômeno não é só italiano, mas se repete, salvo pela diversidade de contextos político-culturais, em outras zonas da Europa. Basta pensar, por exemplo, no *Grundgesetz* [Lei fundamental] alemão, que faz escolhas parcialmente diferentes no que diz respeito aos direitos sociais, mas também é tributário de orientações jusnaturalistas, pontualmente espelhadas no debate

---

20 *Ivi*, p. 212-214.

21 Intervenção de 11 de março de 1947; in *La Costituzione della repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, vol. I, Sedute dal 25 giugno al 16 aprile 1947*, Camera dei deputati – Segretariato generale. Roma 1976, p. 314-316.

constituente, a ponto de inserir no centro do sistema a “dignidade da pessoa”<sup>22</sup> e de apresentar os direitos como “*vorstaatliche Rechte*”, como direitos pré-estatais (porém, sem voltar a considerar o indivíduo “*im alten liberale Sinn*”, como sujeito socialmente ‘irresponsável’<sup>23</sup>).

Mesmo na diversidade das situações, é dominante, nos ambientes político-intelectuais empenhados no esforço de imaginar e projetar uma ordem nova, tanto na Europa como na Assembleia das Nações Unidas<sup>24</sup>, a convicção segundo a qual seria preciso colocar no centro os direitos fundamentais do sujeito, subtraindo-os do “despotismo da vontade” e assumindo-os como garantia e veículo da ‘liberação’ prometida pela guerra antifascista.

### 3. A DECLARAÇÃO DE 1948: O PROBLEMA DO FUNDAMENTO DOS DIREITOS

Os direitos pelos quais combater são os direitos do futuro, e o futuro é o futuro dos direitos. A filosofia da guerra e da resistência está projetada no futuro, imaginando e arquitetando uma ordem nova fundada nos sujeitos e nos seus direitos fundamentais: eis o horizonte no qual se colocam tanto as Constituições europeias do segundo pós-guerra quanto a Declaração de direitos de 1948. É preciso, a meu ver, captar o hùmus político e cultural comum do qual se nutrem experiências e textos tão diferentes, mas cuja sincronia não é um dado extrínseco ou casual.

A Declaração de 1948 também coloca no centro o indivíduo e pretende sublinhar a sua relevância depois do longo eclipse oitocentista. São funcionais a esse objetivo a estrutura enunciativa e o próprio título da Declaração, que introduz uma expressão eficaz - os direitos do homem, os direitos humanos – ao sugerir a existência de um vínculo imediato entre o indivíduo como tal e os seus direitos<sup>25</sup>.

---

22 H. von Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz, I., Grundrechte (Artikel 1-19)*, Vahlen, Berlin-Frankfurt, s.d., p. 35.

23 *Ivi*, p. 43. Cf. G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 119 e seguintes.

24 Sobre o vínculo entre as Constituições nacionais do segundo pós-guerra e a Declaração de 1948, cf. C. Grewe, *Les déclarations nationales de l’immédiat après-guerre*, in *La Déclaration universelle des droits de l’homme*, cit., p. 125-129.

25 Cf. em geral J.-B. Marie, *La Commission des Droits de l’homme de l’Onu*, Perdone, Paris 1975; A. G. Mower, Jr., *The United States, the United Nations, and Human Rights: The Eleanor Roosevelt and Jimmy Carter Eras*, Greenwood Press, Westport-London 1979; J. P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Transnational Publishers, New York 1984; G. Johnson, J. Symonides, *La Déclaration universelle des droits de l’homme*, Editions L’Harmattan, Paris 1990; A. Eide, A. Gudmundur, G. Melander, L. A. Rehof, A. Rosas (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo 1992. Ph. Alston (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Clarendon Press, Oxford 1992; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari 1994; Aa. Vv., *The United Nations and Human Rights, 1945-1995*, United Nations, New York 1995; D. Archibugi, D. Beetham, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Feltrinelli, Milano 1998.

Centrada no indivíduo e empenhada, desde o título, em defender os direitos ‘humanos’, a Declaração de 1948 apresenta duas descontinuidades substanciais em relação à tradição dominante no direito internacional. Em primeiro lugar, colocar no centro o indivíduo contradiz uma orientação compartilhada por muito tempo entre os cultores do direito internacional, convencidos de que somente os Estados são os sujeitos das relações internacionais, enquanto o indivíduo permanece confinado no perímetro endoestatal. Em segundo lugar, apoiar-se nos direitos humanos para assumi-los como pilar de uma futura ordem internacional é uma escolha igualmente original, se tivermos presente, também nesse caso, a tradição do direito internacional entre os séculos XIX e XX. Basta pensar no cenário do primeiro pós-guerra: tenta-se construir uma ordem internacional capaz de manter sob controle as soberanias estatais, configura-se, com o sistema dos mandatos, uma hipótese de responsabilidade de alguns Estados diante de um organismo supranacional, mas, em tudo isso, os direitos humanos não interferem como um elemento condutor. Vinte anos mais tarde, ao contrário, vários Estados subscrevem um documento baseado nos direitos fundamentais do indivíduo, atribuindo a eles um papel decisivo na configuração da nova ordem internacional.

São exatamente os processos políticos e culturais dos anos trinta e do início dos anos quarenta (a resistência antitotalitária, a guerra, a luta por direitos) que tornam historicamente compreensível a Declaração de 1948. Não se pense, todavia, que os ‘direitos humanos’ se tornaram imediatamente, e com fácil unanimidade, o ponto de referência da ordem ‘pós-totalitária’ sobre a qual as potências aliadas começavam a pensar ainda nos anos de guerra. Já na Carta do Atlântico, assinada por Churchill e por Roosevelt em 1941, aparecem o tema da liberação do medo e da necessidade e uma vaga referência aos direitos políticos, mas não é difusamente empregada a categoria dos ‘direitos humanos’ ou ‘fundamentais’.

São principalmente personalidades em particular que, nos anos quarenta, tornam pública a ideia de uma ‘carta de direitos humanos’ - do escritor H. G. Wells a juristas como Quincy Wright ou Hersch Lauterpacht (não por acaso, interessado em conjugar a tradição jusnaturalista com o cosmopolitismo kantiano) – assim como é relevante o papel das organizações não-governamentais, sobretudo americanas, em tornar familiar uma linguagem – a linguagem dos direitos humanos – que ainda tem dificuldade em se colocar no centro dos acordos e dos documentos internacionais<sup>26</sup>; e, não por acaso, o plano emanado em Dumbarton Oak foi criticado por muitas organizações não-governamentais (e também por alguns Estados latino-americanos) exatamente por causa da sua insuficiente remissão aos direitos humanos. Somente com a conferência de San

---

26 Cf. W. M. Reisman, *Private International Declaration Initiatives*, in *La Déclaration univeselle des droits de l'homme*, cit., p. 79-116.

Francisco a referência aos direitos humanos é finalmente explícita e codificada, tanto que o art. 55 da Carta das Nações Unidas menciona o empenho em promover o “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”. O que talvez mereça discussão é a ideia de uma simples ‘promoção’ dos direitos, contra a hipótese mais exigente de uma ‘proteção’ desses direitos. Enfim, em 1946, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) forma uma comissão sobre direitos humanos que, em três sessões distintas, entre 1947 e 1948, elabora um projeto que será discutido pelo ECOSOC, pelo Terceiro Comitê da Assembleia Geral da ONU, e por fim pela própria Assembleia, que o adotará na sessão plenária de 10 de dezembro de 1948<sup>27</sup>.

Trata-se de um processo de redação cuja complexidade poderíamos considerar óbvia, levando em consideração o elevado número de Estados chamados a subscrever a Declaração e a heterogeneidade das expectativas, das perspectivas estratégicas e das culturas envolvidas. De fato, ainda que não tenha faltado discussão viva nas sessões mais frequentadas, o grosso do trabalho propositivo foi desenvolvido em comissão, graças ao carisma e à competência de algumas personalidades importantes: de Eleanor Roosevelt a Charles Malik, de René Cassin a Peng-chun Chang.

A confusão de línguas, nas reuniões da comissão e, como era de se esperar, nas sessões da Assembleia, era notável. Mesmo na impossibilidade de uma análise detalhada, creio que seja possível colocar uma questão de caráter geral: se existiu um momento de unificação; não tanto um resultado de acordos provisórios e de afortunados *escamotages* funcionais ao bom êxito da tarefa, mas um terreno comum, o compartilhamento de expectativas e de linguagens capazes de ‘marcar’ o texto final, conferindo a ele uma significativa coerência, uma ‘lógica’ unitária.

Parece-me que o mais sólido terreno comum seja exatamente o jusnaturalismo ‘em sentido lato’ que estava obtendo largas adesões no imediato pós-guerra, tanto na Europa como na América, e que se traduzia em alguns princípios de caráter geral: a recusa do estatalismo, a crítica ao positivismo jurídico e a afirmação da centralidade e da inviolabilidade de alguns direitos (considerados) fundamentais, diretamente vinculados à subjetividade humana, expressão (como dizia Radbruch) da humanidade de cada um<sup>28</sup>.

27 Cf. H. Tolley Jr., *The U.N. Commission on Human Rights*, Westview Press, Boulder-London 1987, p. 4 e seguintes.

28 A humanidade a qual, exatamente naqueles anos, Hannah Arendt se referia para concluir, porém, com base na trágica experiências dos apátridas, que os “direitos do homem” tomam forma, historicamente, como “direitos do cidadão”, e que, portanto, o único e verdadeiro direito fundamental é “*das Recht jedes Menschen auf Mitgliedschaft in einem politischen Gemeinwesen*” (H. Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht* (1949), in O. Höffe (hrsgs.), *Praktische Philosophie/Ethik, Band 2*, Fischer, Frankfurt 1981, p. 167). O texto, publicado originalmente em “*Die Wandlung*”, foi utilizado, também, na grande obra de 1951, *The Origins*

Esse é o horizonte no qual espontaneamente se colocam os trinta artigos que compõem a Declaração de 1948, em particular o preâmbulo e o art. 1, que se apresentam como pilar e horizonte de sentido de toda a construção. Eis o papel a eles explicitamente atribuído no debate e confirmado pelo fato de que a discussão no Terceiro Comitê da Assembleia Geral é particularmente longa e rica de intervenções, mais do que em relação aos artigos subsequentes.

O texto do art. 1, na sua versão definitiva, é o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Limito-me a recordar, da complexa discussão que a precedeu e que preparou a versão final, dois aspectos que me parecem interessantes.

Em primeiro lugar, a frase de abertura do artigo (“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”) – fortemente desejada por Cassin, o principal redator dela – foi confirmada, não obstante as objeções dos soviéticos, mas não só deles, que opunham à pretendida igualdade originária dos seres a efetiva, histórica, desigualdade. Não foi acolhida, porém, a proposta de transformar o ‘são’ em ‘deveriam ser’, enquanto a referência ao ‘dever’ foi introduzida em relação ao espírito de fraternidade no qual os seres humanos devem se inspirar nas suas relações.

Em segundo lugar, é interessante a gênese da frase “*Eles* [os seres humanos] *são dotados de razão e consciência* [...]”. Nas primeiras versões do texto, a frase incluía o termo “natureza”: era a natureza que provia os seres humanos de razão e consciência. Porém, o que se entendia por ‘natureza’? Era possível chegar em um acordo sobre o sentido do termo? E falar de natureza deixava aberta ou precluía a possibilidade de mencionar um Deus criador? Não seria preferível mencionar Deus, como não poucos membros da assembleia sustentavam?

Prevaleceu a solução não só de omitir qualquer referência à divindade (o mesmo problema se colocou no debate constituinte italiano e voltou a ser inesperadamente atual com a Constituição europeia), mas também de deixar de lado a referência à natureza como fundamento da dignidade do ser humano e dos seus direitos, que apareceriam, assim, como ‘fato’ originário, tão irrefutável quanto, por assim dizer, ‘infundados’<sup>29</sup>.

Creio que seja conveniente lembrar, a propósito, o debate que se desenvolveu em ocasião de uma iniciativa promovida pela UNESCO. A UNESCO, sob a direção de Julian Huxley, questionou 150 personalidades

---

*of Totalitarianism*, no parágrafo 9 da Parte segunda.

29 Cf. T. Lindholm, *Article 1*, in G. Alfredsson, A. Eide (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, Nijhoff, The Hague-Boston-London 1999, p. 41-73.

de relevo internacional (obtendo 70 respostas) sobre a possibilidade e as características de uma declaração universal de direitos e enviou o material para a ONU, que, aliás, não acolheu com entusiasmo a não requerida colaboração. Porém, é interessante constatar que o seu *modus operandi* está perfeitamente alinhado com a estratégia que Maritain (já no seu *Humanismo integral* e, depois, nas suas intervenções para a UNESCO) não se cansava de recomendar: sustentando, ao mesmo tempo, a insuperabilidade dos conflitos em torno do fundamento dos direitos, já que entram em jogo filosofias incompatíveis, mas também a possibilidade de identificar, para além das divergências doutrinárias, “uma espécie de substrato comum, uma espécie de lei comum não escrita, um ponto de convergência prático das mais diversas ideologias teóricas e das mais variadas tradições espirituais”<sup>30</sup>.

De fato, essa é a estratégia adotada pela comissão e depois pela Assembleia: uma estratégia que afirma o primado do indivíduo e dos seus direitos, mas evita se pronunciar sobre o seu fundamento. O resultado é que a marca jusnaturalista é inequívoca (“todos os seres humanos nascem livres e iguais [...]”), mas, ao mesmo tempo, ela é depurada de implicações teóricas demasiado embaraçosas.

Então, podemos falar de uma inspiração jusnaturalista (*lato sensu*) da Declaração de 1948, mas é preciso levar em consideração algumas de suas características singulares. Em primeiro lugar, o ponto de referência da Declaração é *um* jusnaturalismo; o jusnaturalismo do qual se alimentaram as Declarações revolucionárias do final do século XVIII, construídas em torno do protagonismo do sujeito de direitos; e, mais uma vez, a opção por *este* jusnaturalismo coincide com a recusa ao estatalismo oitocentista e com a exigência de encontrar um baricentro diferente para a ordem nacional e internacional. Em segundo lugar, o jusnaturalismo da Declaração está vinculado, mais do que a uma precisa e unívoca escolha doutrinária, a uma estratégia retórica funcional ao discurso dos direitos que ela pretende lançar. A preocupação principal, em suma, – uma preocupação comum entre as assembleias constituintes europeias e os redatores da Declaração de 1948 – é desvincular os direitos do plano da vontade, subtraindo-os, com isso, da esfera do contingente, do mutável, do decidível: em ambos os casos, o objetivo (não sei o quão realista ou ilusório) é inverter a relação entre direitos e poder, entre direitos e política, fazendo dos direitos não um refém do poder, mas a unidade de medida da sua legitimidade.

Os direitos e o poder, os direitos e o Estado. É com a revolução francesa (e, antes, com Rousseau) que veio se instaurando entre esses termos não facilmente ajustáveis uma hipótese de colaboração que os redatores da Carta de 1948, a seu modo, também acolheram e reformularam em função de uma nova e desejada ordem internacional. Os direitos são congeniais ao homem – assim

---

30 J. Maritain, *Introduzione* in UNESCO (a cura di), *Dei diritti dell'uomo* (1949), Ed. di Comunità, Milano 1952, p. 13.

raciocinavam na França os protagonistas da revolução – mas é a lei do soberano que os realiza e os harmoniza. Os direitos são naturais (quanto a sua origem e fundamento), mas somente na *civitas* – como já advertira Rousseau – é que eles são transformados pelo soberano em direitos civis e, como tais, perdem a sua fraqueza congênita.

Segundo os reformadores setecentistas, os direitos são critérios de juízo e condição de legitimidade de um Estado que deve realizá-los. Em termos diferentes, mas comparáveis, para os redatores da Declaração de 1948 os direitos são critérios de juízo e condição de legitimidade do sistema de relações internacionais ao qual a Declaração fazia referência. Em ambos os casos, o Estado, os Estados, são uma entidade que é preciso manter sob vigilância em nome dos direitos e ao mesmo tempo instrumento indispensável para a realização deles. Em ambos os casos os direitos são colocados em um horizonte extra e supraestatal, não dependem do Estado para a sua existência, mas postulam o Estado para a sua realização<sup>31</sup>.

É nessa perspectiva que é preciso inserir o frágil valor jurídico da Declaração e o sentido que os seus redatores lhe atribuíram ao declará-la, com a famosa frase contida no preâmbulo, um “ideal comum a ser atingido” (“*common standard of achievement*”). Tratava-se de uma escolha obrigatória: em uma situação política internacional que estava precipitando em uma frontal contraposição entre Leste e Oeste, a Declaração não podia ser orquestrada como um sistema de normas juridicamente cogentes (nem nos interessa, agora, avaliar se tal cogência foi amadurecendo ao longo do tempo graças ao princípio da eficácia internacional de um ‘costume’ consolidado). Então, se a cogência jurídica formal está ausente da Declaração, esta não pode se apresentar senão como um ‘discurso público’ de elevada capacidade de legitimação ou de deslegitimação da ordem nacional e internacional.

#### 4. A DECLARAÇÃO DE 1948 ENTRE ‘RELATIVISMO’ E ‘UNIVERSALISMO’

Não é impossível chegar em um acordo sobre os direitos, desde que se coloque entre parênteses a questão do seu fundamento: o *bon mot* maritainiano (que na realidade exprimia com leveza estilística uma perspicaz e exigente estratégia político-constitucional) é convincente, porém, somente se os direitos sobre os quais se discute, na sua enunciação e nas suas consequências práticas, pareçam um patrimônio efetivamente comum, mesmo permanecendo na sombra, de propósito, o fundamento último da sua força sugestiva, da sua capacidade de obter consenso.

---

31 Sobre o papel relevante do Estado, mesmo no horizonte da ‘mundialização’, cf. as argutas observações de U. Alegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina (En) 2002, p. 16 e seguintes.



Ora, se pode existir um *ius gentium* para mulheres e homens do terceiro milênio é um problema, como sabemos, tão decisivo quanto controverso; seria um equívoco, porém, considerar que a tensão entre universalismo e relativismo – sem dúvida, uma das principais questões com a qual nos deparamos – é um problema só nosso. Não quero evocar o momento inaugural do jusnaturalismo moderno, quando Hugo Grotius indicava em Carnéades o seu principal antagonista para atingir, por trás da máscara do antigo filósofo, a negação cética e ‘libertina’ de uma ordem universal. Limito-me a referenciar exatamente o jusnaturalismo “ressurgido” e transformado do pós-guerra, o ‘jusnaturalismo em sentido lato’ ao qual convém vincular, como seu horizonte de sentido, a Declaração de 1948. Pois bem, nem mesmo naquele ambiente, tão inclinado a descobrir ou a redescobrir as determinações essenciais e constantes da civilização jurídica, era óbvia a identificação de um patrimônio comum de direitos, que poderiam ser assumidos como meios indispensáveis (diferentes, mas complementares entre si) para a realização de uma vida plenamente ‘humana’.

Em outras palavras, seria simplista considerar que bastaria uma difusa inclinação ao ‘universalismo’ para que desaparecesse de imediato a percepção e a valorização das diferenças ideológicas e culturais. O jusnaturalismo ‘em sentido lato’ (nos termos que eu tentei precisar), em suma, era um ponto de partida, mais do que um ponto de chegada; ele era, na melhor das hipóteses, um *atout* do qual se podia lançar mão em uma partida objetivamente difícil, onde a exigência de identificar uma série articulada de direitos fundamentais deveria prestar contas com as expectativas, estratégias e valores próprios dos Estados envolvidos, através dos seus representantes, no processo de redação da Declaração.

Os redatores da Carta de 1948 também estavam conscientes de que eles deveriam lidar com esse problema: eles deveriam conseguir demonstrar *per facia concludentia* que, para além da variedade de culturas e de convicções ideológico-políticas, existia, no elenco e formulação concreta dos vários direitos (ainda que não na enunciação teórica dos seus ‘fundamentos’), uma estratégia largamente compartilhada, de modo que fosse possível atribuir à Declaração que se pretendia emanar a dimensão de ‘universalidade’.

Tratava-se de um escopo objetivamente difícil, não menos do que ele pareceria aos nossos olhos de hoje, ainda que os extremos do problema se apresentassem em termos em alguma medida diferentes daqueles que nos são familiares em tempos recentíssimos, quando a exaustão das ‘clássicas’ contraposições ideológicas (de matriz oitocentista) induziu a relevar, em favor do ‘relativismo’, sobretudo as diferenças histórico-antropológicas e ético-religiosas.

Certamente, mesmo na discussão de 1948, estava presente um número nada negligenciável de Estados extraeuropeus potencialmente dissonantes do

coro mais coeso das potências ocidentais. Porém, também é verdade que a hegemonia do Ocidente não deixava de se fazer ouvir nos trabalhos de redação da Declaração, em termos culturais, antes mesmo do que políticos: basta ter presente que os mais ativos representantes de ‘outras’ culturas (o chinês Chang ou o libanês Malik) tinham uma formação ocidental e que as suas contribuições (não obstante alguns reclames pontuais de Chang às peculiaridades da cultura confuciana) estavam substancialmente na mesma frequência de onda do francês Cassin ou da americana Roosevelt. Apesar disso, as dificuldades em encontrar uma plataforma comum continuavam relevantes; as maiores dificuldades, porém, provinham não tanto da presença de culturas extraeuropeias – ainda que a Arábia Saudita tenha escolhido a abstenção no momento do voto final – mas das posições assumidas pela União Soviética e pelos outros Estados a ela vinculados.

O conflito Leste-Oeste era, antes de mais nada, político e estratégico, mas a distância cultural entre as duas áreas também não era negligenciável. Tal distância seria intransponível mobilizando as respectivas filosofias e antropologias, bem como o conexo problema do fundamento dos direitos. Porém, adotando uma estratégia (por assim dizer) maritainiana – inclinada a encobrir os fundamentos para exaltar as convergências práticas e construtivas – o diálogo se tornava possível. Também desse ponto de vista, o processo constituinte italiano mostra uma dinâmica em alguma medida análoga: a contraposição entre a metafísica personalista dos católicos e o historicismo marxista das esquerdas foi superada a partir de alguns valores e princípios compartilhados, como a autonomia individual e a multiplicação dos direitos.

No mais variado e complexo cenário das Nações Unidas é possível identificar sinais da iminente ‘guerra fria’ e o conflito que atinge não somente o fundamento dos direitos, mas também a sua enunciação e formulação. A ‘clássica’ tensão entre direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, de outro, presta-se perfeitamente como prefiguração da oposição – dominante no debate dos anos 1950 – entre as duas liberdades e as duas democracias (ocidental e oriental; formal e substancial). É preciso, porém, evitar simplificar o debate preparatório da Declaração de 1948 atribuindo aos soviéticos o monopólio da defesa dos direitos sociais e aos ocidentais a exaltação da liberdade e da propriedade.

Na realidade, já no discurso inaugural da Comissão de Direitos Humanos, em 26 de abril 1946, Henri Laugier sublinhou a necessidade de mencionar a marcha dos povos “rumo à liberação” e de incluir portanto entre os direitos humanos os direitos relativos à esfera econômico-social<sup>32</sup>; o desenrolar do debate confirma, por um lado, o interesse difuso em incluir novos direitos, os

---

32 Citado por B.-A. Andreassen, Article 22, in A. Eide, A. Gudmundur, G. Melander, L. A. Rehof, A. Rosas (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., p. 320.

direitos sociais, entre os direitos fundamentais, mas também, por outro lado, a dificuldade em encontrar um efetivo ponto de encontro entre pontos de partida ideologicamente distantes.

A gênese do art. 22 (uma espécie de artigo guarda-chuva, como foi definido, em relação aos artigos que introduzem alguns direitos sociais específicos), nesse sentido, é interessante. Parte-se de um projeto elaborado pela Secretaria da Divisão de Direitos Humanos, em particular de John Humphrey (que, por sua vez, declara o seu débito em relação a um projeto anterior da *American Law Institute*), mas as intervenções se multiplicam em várias direções, revelando tanto a intenção de levar a sério a questão dos direitos sociais, como a existência de objeções de fundo (particularmente convicta é a posição do delegado inglês, Geoffrey Wilson) em inclui-los na categoria de ‘direitos humanos’.

Um ponto particularmente difícil era a adoção da expressão *social security* [seguridade social], que foi adotada na versão final do art. 22<sup>33</sup>, mas que parece ter sido em alguma medida fruto de uma escolha compromissória e reducionista (ou mesmo ‘assistencialista’), em comparação com a mais exigente locução *social justice* [justiça social], que teria contribuído para reforçar a posição dos direitos sociais na Declaração<sup>34</sup>. Permanece, porém, o fato de que a *social security* (compensando parcialmente a omissão da *social justice*), mesmo assim encontra o seu horizonte de sentido no objetivo conclusivamente indicado pelo art. 22: a “dignidade” de todo indivíduo e o “livre desenvolvimento da sua personalidade”. Não é casual nem secundário que a ‘dignidade humana’ – expressão-chave do ‘fundante’ art. 1 (“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”) – volta a ser empregada como suporte dos direitos sociais enunciados pelo art. 22, conferindo a eles consequentemente a mesma importância atribuída aos outros direitos fundamentais.

Na realidade, para além dos jogos partidários e do ritual de acusações recíprocas, o vínculo entre as diversas classes de direitos estava inscrito no temperamento histórico do qual a Declaração dependia: as quatro liberdades rooseveltianas, a filosofia de guerra antifascista, a espera palingenética por uma ordem nova. Mais uma vez, o processo constituinte na Europa e a redação da Declaração de 1948 procedem paralelamente e respondem, em modos diversos, ao mesmo *input* histórico e à mesma filosofia projetual: construir a ordem nova sobre o primado da pessoa e sobre a multiplicação dos seus direitos.

Em ambos os casos, certamente, o texto normativo é fruto de um ‘compromisso’: o compromisso porém não foi um extemporâneo “estica e puxa” entre instâncias incompatíveis (como se repetiu até a saciedade, nos anos vinte, para a Constituição de Weimar e nos cinquenta para a Constituição italiana),

33 “Everyone, as a member of society, has the right to social security [...]”.

34 Cf. Andreassen, *Article 22*, cit. p. 319-355.

mas foi um encontro motivado e facilitado por expectativas historicamente fortes e compartilhadas.

Portanto, é uma resposta coerente às expectativas em relação à Declaração de 1948 o fato de ela apresentar, nos seus 30 artigos, os direitos civis, políticos e sociais como articulações diversas de uma unitária valorização do ser humano e de ela reforçar a íntima coerência da sua proposta com o princípio da indivisibilidade dos direitos: um princípio confirmado recentemente pela Declaração emanada em Viena em 1993 e pela Conferência Mundial de Direitos Humanos.

A Declaração de 1948 aparece como um documento em clara descontinuidade com a tradição oitocentista, mas, ao mesmo tempo, profundamente inscrita em um tempo histórico, tão breve quanto dramático, - a fase compreendida entre as duas guerras - que encontra exatamente no imediato pós-guerra a sua conclusão 'catártica'. A aposta da qual a Declaração tira a sua própria condição de possibilidade é a superação das diferenças e barreiras ideológicas e culturais que separam os mais diferentes povos e Estados, bem como a formulação de um 'discurso dos direitos' capaz de se dizer 'universal' enquanto largamente compartilhado. Com esse escopo, a estratégia prevalente no processo de redação da Carta foi a busca por um consenso que, sem insistir no problema dos 'fundamentos', valorizasse o papel dos direitos na construção da nova ordem: os direitos então, em primeiro lugar, são subtraídos da órbita estatal e mais genericamente do domínio da política, tornam-se indisponíveis aos golpes da 'vontade' e da 'decisão' para se tornarem expressão da 'dignidade' humana e caminho para a sua realização integral; em segundo lugar, e conseqüentemente, são considerados instrumentos diversos, mas complementares, de um processo unitário de 'liberação' do indivíduo, como articulações necessárias de uma nova democracia.

Substancialmente, a Declaração de 1948 desenvolve um discurso dos direitos que, exatamente porque enraizado na fase histórica concluída com a derrota do fascismo e do nacional-socialismo, alcança um bom nível de coerência interna, e justo por isso pode reforçar a sua eficácia retórica apresentando-se como expressão de um consenso que engloba os mais diferentes povos da Terra.

Creio que podemos atestar a eficácia retórica da Declaração. É preciso, porém, levar em consideração que a formação de uma base consensual suficientemente ampla impôs reticências, ambiguidades, renúncias, que constituem, por assim dizer, a parte não dita, mas nem por isso negligenciável, da Declaração. Procurarei recordar esquematicamente as principais.

Em primeiro lugar, frequentemente são escolhidas fórmulas vagas que permitem um vasto acordo na medida em que deixam abertas as questões mais espinhosas: é o exemplo da família, tratada de maneira a evitar cuidadosamente a palavra 'divórcio'. Em segundo lugar, os direitos civis, políticos e sociais são,

sim, hospedados conjuntamente na Declaração, mas ela evita abordar a hipótese de possíveis conflitos e não indica o critério que deve prevalecer. Em terceiro lugar, os direitos, solenemente afirmados, frequentemente são submetidos a cláusulas que confiam a sua limitação aos Estados em nome da *morality* [moralidade], do *public order* [ordem pública] e do *general welfare* [bem-estar geral]. Enfim, as omissões: ela não enfrentou o problema da condição feminina, da qual se ocupa *ex professo* Anna Rossi Doria, então limito-me a mencionar o problema da colonização.

Apesar dos reclames soviéticos ao princípio da autodeterminação dos povos (ortodoxamente leninistas, apesar de instrumentais à polêmica antiocidental), os redatores da Declaração de 1948 (obviamente preocupados em não lesar os interesses das maiores potências coloniais) acabaram por deixar na sombra o fenômeno da colonização, omitindo qualquer referência ao direito de todo povo de dispor de si mesmo, e ainda, no art. 2.2, mencionam como um dado de fato a existência de territórios sujeitos à soberania alheia.

O novo *ius gentium* não era e não podia ser um desencarnado e a-histórico sistema de direitos capaz de se livrar de repente das profundas assimetrias das relações de poder e de se impor a qualquer Estado como um vínculo juridicamente coativo. A Declaração era (e sabia disso) um instrumento juridicamente frágil, mas era ao mesmo tempo o núcleo gerador de um ‘discurso dos direitos’ capaz de uma notável eficácia persuasiva e de uma indubitável capacidade legitimadora. É aos direitos humanos que, durante a guerra fria, recorre-se para deslegitimar o adversário, e ainda, com maior razão, recorre-se à Declaração de 1948 para sustentar o processo de descolonização, que decola a partir dos anos 1970 (com a resolução 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960 emanada pela 15ª sessão da Assembleia geral). Com a queda do império soviético e o desaparecimento do bipolarismo, a Declaração de 1948 e a sua vocação universalista parecem enfim atingir o cume do sucesso, oferecendo-se como um horizonte de valores e normativo para o novo mundo globalizado.

Nessa perspectiva, a questão do valor jurídico da Declaração de 1948, ainda que importante, não exaure a sua importância e incidência. Poderíamos aplicar a ela aquilo que Eugenio Lecaldano escreve a propósito da ética dos direitos: isto é, que ela se apresenta “mais do que como uma teoria válida e coerente, como uma retórica pública largamente utilizada na nossa cultura”<sup>35</sup>. Nessa perspectiva, a dimensão retórica da Declaração de 1948 (em oposição ao seu mais problemático valor jurídico) talvez possa revelar um elemento não mais de fragilidade, mas de vitalidade, e um convite a valorizar uma vez mais o elemento (tipicamente retórico) do consenso<sup>36</sup>: um convite, em suma, a

---

35 E. Lecaldano, *Etica*, Utet, Torino 1995, p. 140.

36 Cf. J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca-London 2003, p. 91 e seguintes.

compreender a Declaração não tanto como a epifania de uma universalidade já dada de uma vez por todas, mas como um texto aberto a novas estipulações de significado, sugeridas pelo confronto e pela contaminação entre culturas diferentes.