

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS — UNISINOS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

***A (RE)AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE: UMA  
ANÁLISE NA PERSPECTIVA DO DIREITO FRATERO***

**Mestranda: Geralda Magella de Faria Rossetto**

**Orientadora: Professora Dra Sandra Regina Martini Vial**

**São Leopoldo/RS, 2010**

**GERALDA MAGELLA DE FARIA ROSSETTO**

***A (RE)AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DO DIREITO FRATERO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito final para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização.

Orientadora Professora Doutora Sandra Regina Martini Vial

**São Leopoldo/RS, 2010**

R829r Rossetto, Geralda Magella de Faria.  
A (re)afirmação dos direitos humanos na contemporaneidade : uma análise na perspectiva do direito fraterno / Geralda Magella de Faria Rossetto. – 2010.  
307 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.  
"Orientadora Professora Doutora Sandra Regina Martini Vial."

1. Nações Unidas. Assembléia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2. Programa Nacional de Direitos Humanos (Brasil). 3. Direitos humanos. I. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Bibliotecário: Flávio Nunes – CRB 10/1298)

Para,  
meus pais, Sebastião e Eleuza,  
meus irmãos, Marniz e Eliseu,  
e, especialmente,  
meus filhos, Paulo Gustavo, Angela e Bertilla,  
que, somados,  
representam a trindade,  
ou o uno,  
ou, também, multiplicados, igualam-se aos meus amores fraternos.  
Por último, não menos importante, a ponta de lança da evolução,  
Para Você que um dia pensou no Outro e cuidou de sua proteção.  
A todos, minha gratidão!

## **Agradecimentos**

Não há “Terra Santa”,  
há uma maneira santa de caminhar sobre a Terra.  
(Jean-Ives Leloup)

Ao Programa de pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, em especial a cinco grandes professores, Doutor Leonel Severo Rocha (pela grandeza de conhecimento ímpar e admiração eterna), Doutora Deisy de Freitas Lima Ventura (pelo rigor acadêmico), Doutora Sandra Regina Martini Vial (por um mundo transdisciplinar e fraterno), Doutor Ovídio Araújo Baptista da Silva – com muita saudade (que plasmou o modelo processual – sem Ele o processo não seria o mesmo) e, em especial, a Doutora Sandra Regina Martini Vial, pela orientação, paciência e tolerância para comigo.

A todos os colegas do mestrado, e mais ainda, à Carlinha, à Francele, à Renata, à Dani, à Ana Paula, à Andrize, ao Luis Mello, e ao Sérgio Fuschine, colega de orientação.

À Ana e ao Mário Luiz, com eles, tudo foi mais fácil.

Aos colegas da UNESC, todo(a)s o(a)s professore(a)s do Curso de Direito e cabe aqui registrar: Sheila e Bia, Monica e Letícia, Janete e Renise, Iara, Maéve, Fátima, Marconi, Ana Mara, André e Ismael, colegas admiráveis; Clélia por dividir sonhos; Reginaldo pelo incentivo constante; Vladimir – quantas vezes fomos juntos para Sao Leo; Graziano (prêmio Capes 2008), e, especialmente, o Carlos Magno que me tem presenteado com grandes amigos.

A todos os meus colegas da AGU, árdios defensores do Direito Público.

Às irmãs de alma, indispensáveis, Maria Luíza e Bel Rocha, mãe e filha, Miriam Souza e Renata Fortes, esta uma vez mais.

À Sofia pela companhia, inseparável.

À Léia, que tem me ensinado o exercício da amizade.

À Ivone Lixa, da FURB pela amizade mútua, e ao Maestro Gaetano Pecora, da *Università Luiss Guido Carli di Roma*, que chegou por último nesta história, mas multiplicou tudo.

À Universidade Internacional Holística – UNIPAZ (sempre!), nas pessoas do Doutor Pierre Weil, Doutor Jean\_Ives Leloup, Doutor Roberto Crema, Doutor Mauro Pozatti e Doutora Dulce Magalhães.

***Grazie per tutti!***

*O passado: a geração da caverna*

[...] no ano 6000 a.C. o transporte mais rápido e disponível para o homem atravessar longas distâncias era a

caravana de camelos, que se movimentava a uma média de 12 quilômetros por hora. Não foi senão por volta de 1600 a. C., quando se inventou a carroça, que a velocidade máxima subiu aproximadamente uns 30 quilômetros por hora. Esta invenção foi tão impressionante, e este limite de velocidade tão difícil de ser superado que, aproximadamente 3.500 anos mais tarde, quando a primeira diligência postal entrou em operação na Inglaterra, em 1784, sua velocidade média era de uns míseros 15 quilômetros por hora e os maiores navios da época se esforçavam pelos mares a menos de metade dessa velocidade. Não foi provavelmente senão por volta de 1880 que o homem, com a ajuda de uma locomotiva a vapor mais avançada, conseguiu atingir a velocidade de 160 quilômetros por hora. A raça humana levou milhões de anos para atingir esse recorde. (TOFLER, 1998, p. 34-35).

#### *A lição:*

[...] Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou a um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asas de tecido, os quais permitem aos marinheiros correr os mares. (Ésquilo, Prometeu acorrentado, 445-470 a.C).

#### *O agora: a geração presente*

Se dividirmos os últimos 50 mil anos de existência do homem em gerações de 62 anos cada, terá havido 800 gerações sobre a Terra, das quais 650 foram passadas na caverna. (TOFLER, 1998, p. 25). Em pleno século XXI, a 800ª. geração da Terra, mesmo tendo enfrentado e alçado a um avanço tecnológico ímpar, minimamente, anseia por coisas muito simples. As mesmas que o homem da caverna ansiava: a comida<sup>1</sup> e a morada.

#### *A constatação:*

Além disso, mostra-nos que o anti-semitismo, sob suas formas mais temperadas, mais evoluídas, permanece uma totalidade sincrética que se expressa através de discursos de feição razoável, mas suscetível de levar até a modificações corporais. Certos homens são tomados de súbita impotência se ficam sabendo que a mulher com quem dormem é judia. Há em certa gente, o asco ao judeu, assim como há o asco ao chinês ou ao negro. E esta repugnância não nasce do corpo, pois se pode amar perfeitamente uma judia, se se ignora sua raça; tal repulsa chega ao corpo pelo espírito, é um compromisso da alma, mas tão profundo e tão completo que se estende ao fisiológico, como sucede na histeria. (SARTRE, 1978, p.7).

Aos que durante séculos, tentaram de balde porque era negro, reduzi-lo ao estado de animal, é preciso que êle os obrigue a reconhecê-lo como homem. Ora, no caso não há escapatória, nem subterfúgios, nem “passagem de linha” a que possa recorrer; um judeu, branco entre os brancos, pode negar que seja judeu, declarar-se homem entre homens. O negro não pode negar que seja negro ou reclamar para si esta abstrata humanidade incolor: êle é prêto. (SARTRE, 1978, p. 94).

#### *O futuro: a geração tecnológica*

“E os anos se reduzirão em meses e os meses em semanas e as semanas em dias e os dias em horas”. (KOSELLECK, 1999, p. 9)

#### *Os novos imperativos:*

Concebamos algumas imagens – a caverna, o castelo, e a catedral. Todos centros geradores. A catedral, centro do sacramento, o futuro. O castelo, centro do governo, presente. A caverna, centro da vida física, o passado. Ora o que sei, o que não sei, o que sabem e o que não sabem, passa pelo sagrado (sacramento), pela graça do Espírito (governo), e pelo cuidado com o eu (a vida física). Ou, segundo a conotação política, a figura do governo do Estado, qual seja, o Reino (castelo) – governo de um; a Aristocracia (a casa imperial, ou a catedral) – governo de poucos; ou a Democracia (casa do cidadão comum) – governo de muitos. Igualmente também, as mãos esquerda e direita, que, unidas formam a terceira para **pedir** – homem, “inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer” (JONAS, 2006, p.48), **louvar**- a mensagem do homem: a bênção do homem é o próprio homem!, e **receber** – os direitos humanos são a base da agenda emancipatória do homem.

---

<sup>1</sup> A Declaração do Milênio das Nações Unidas, assinada durante a Cúpula do Milênio (09/2000, ONU, Nova York) (BRASIL, 2009g), representativa dos instrumentos de DDHH, dentre seus objetivos de nº 1 e nº 7, ilustrativos das metas de nº 2 e 11 assumidas pelos 191 Estados Membros da ONU, tem, respectivamente, o compromisso de: reduzir pela metade, entre 1990 e 2015, a proporção da população que sofre de fome; e, até 2020, ter alcançado uma melhoria significativa na vida de pelo menos 100 milhões de habitantes de assentamentos precários. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/1/objetivos.htm> Acesso em 11 jun.2009.

## RESUMO

O presente estudo tem como objeto examinar a (re) afirmação dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal. O recorte histórico tomado para o estudo é a contemporaneidade entendida esta pelo espaço de tempo compreendido no final do Século XX e início do XXI. A pesquisa, entretanto, retroage no tempo, a mercê de identificar a historicidade dos Direitos Humanos, indo deparar-se com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e seus princípios. A partir de então analisa os eventos e acontecimentos que deram conta dos fundamentos sustentadores dos Direitos Humanos, especificamente no Brasil até o advento do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), em dezembro de 2009, ainda vigente. O resultado da pesquisa, dividido em três pontos, são representativos dos objetivos específicos do estudo. No primeiro deles, opta-se por estudar os Direitos Humanos frente ao desafio da fraternidade. Para tanto, busca-se nos aportes históricos, o desdobramento de tais direitos, bem como os fundamentos de sua gênese e a caracterização de seus desafios. No segundo ponto, o objetivo dá conta de analisar os Direitos Humanos e a produção de sua proteção em relação ao princípio responsabilidade no viés da teoria e da prática de Hans Jonas. O terceiro e último ponto, cuida de examinar os Direitos Humanos na dimensão do Direito Fraternal, quanto as suas perspectivas reafirmadoras ou concretizadoras. Com o intuito de atender a proposta da pesquisa, quanto ao Direito Fraternal, o estudo toma como fundamento a matriz disciplinar de Eligio Resta, e seu princípio fundamental, a fraternidade. A justificativa da escolha e da necessária delimitação do tema pretende atender aos seguintes aspectos: a atualidade do tema; a abertura aos novos direitos, especialmente, o princípio responsabilidade, enquanto sua teoria e prática, o necessário assentamento dos Direitos Humanos na agenda atual, o estabelecimento de relações jurídicas, a convergência com os problemas fundamentais de nosso tempo, os direitos do homem, a paz, a democracia e o vínculo de tais pontos com o Direito Fraternal. Tem-se, pois, o cenário ideal para a apresentação e o exame dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal no espaço brasileiro e perante a comunidade internacional. O método de abordagem adotado foi o lógico-dedutivo baseado em pesquisa doutrinária, de cunho bibliográfico, de caráter histórico, sociológico filosófico e jurídico. Quanto a metodologia de investigação usa a técnica bibliográfica – com consulta a livros, revistas especializadas – e documental – centrado no exame de textos legais e jurisprudenciais, com ênfase nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O resultado do estudo será a dissertação de mestrado, no Programa de Pós Graduação em Direito, na Área de concentração: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Defendida em 2010.

**Palavras Chaves:** Direito Fraternal, Direitos Humanos, (Re)Afirmação, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).

## RESUMEN

Este estudio tiene como objeto examinar la reafirmación de los Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Fraternal. El recorte histórico usado para el estudio es la contemporaneidad, entendida esta por el espacio de tiempo comprendido entre el Siglo XX y el comienzo del Siglo XXI. La investigación sin embargo, es retroactiva en el tiempo, para verificar la historicidad de los Derechos Humanos hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y sus Principios. Desde esta perspectiva serán analizados los hechos y sus repercusiones en los fundamentos de los Derechos Humanos, específicamente en Brasil hasta la creación del Programa Nacional de los Derechos Humanos, (PNDH-3), en Diciembre de 2009, todavía vigente. El resultado de esta investigación será dividido en tres puntos, que son representativos de los objetivos específicos de este estudio. El primero opta por estudiar los Derechos Humanos frente al desafío de la fraternidad. Para tanto, se buscara en los aportes históricos el desdoblamiento de tales derechos, bien como los fundamentos de su génesis y la caracterización de sus desafíos. En el segundo punto, el objetivo será analizar los Derechos Humanos y la producción de su protección en relación al principio de la responsabilidad en el vis de la teoría y práctica de Hans Jonas. El tercero y último punto examinará los Derechos Humanos en la dimensión del Derecho Fraternal en sus perspectivas reafirmadoras o concretizadoras. Con la intención de atender la propuesta de la investigación, cuanto al Derecho Fraternal, este estudio toma como fundamento la matriz disciplinar de Eligio Restá y su principio fundamental, la fraternidad. La razón de la elección y la necesaria delimitación del tema pretende atender los siguientes aspectos: la actualidad e importancia del tema, la apertura a nuevos derechos, especialmente, el principio responsabilidad, tanto como su teoría y práctica, la necesaria legitimación y aplicación de los Derechos Humanos, en la agenda actual, lo establecimiento de las relaciones jurídicas, la convergencia con los problemas fundamentales de nuestro tiempo, los derechos del hombre, la paz, la democracia y el vínculo de todos estos aspectos con el Derecho Fraternal. Tenemos pues el escenario ideal para el estudio, la presentación y el examen de los Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Fraternal, en el espacio brasileño y para la comunidad internacional. El método de análisis adoptado fue el lógico-deductivo, basado en investigación doctrinaria, de estudio bibliográfico, de carácter histórico, sociológico, filosófico y jurídico. La metodología de la investigación usa la técnica bibliográfica – con consulta de libros, revistas especializadas; y documental- centrada en el examen textos legales y jurisprudencia, con énfasis en las decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal. El resultado de esta investigación será mi disertación, en el Programa de Posgraduación en Derecho, en la Línea de investigación de: Sociedad, Nuevos Derechos, y Transnacionalización, de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. Brasil. Defendida en 2010.

Palabras Claves: Derecho Fraternal, Derechos Humanos, (Re)Afirmación,



Declaración Universal de los Derechos Humanos, Programa Nacional de Derechos Humanos (PNDH- 3).

**LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS**

§ - Parágrafo

Art. – Artigo (da norma)

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil/1988

DDHH – Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Inc. – Inciso

Nº - Número

OEA- Organização dos Estados Americanos

ONG's - Organizações não Governamentais

ONU – Organização das Nações Unidas

P. - Página

PNDH-3 – Programa Nacional dos Direitos Humanos - 3

RS – Rio Grande do Sul

SC – Santa Catarina

TPI - Tribunal Penal Internacional

## SUMÁRIO

Como os pássaros, que cuidam de seus filhos ao fazer um ninho no alto das árvores e nas montanhas, longe de predadores, ameaças e perigos, e mais perto de Deus, deveríamos cuidar de nossos filhos como um bem sagrado, promover o respeito a seus direitos e protegê-los.

(Zilda Arns, 12 jan.2010m) <sup>2</sup>

|                                                                                                                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>RESUMO.....</b>                                                                                                                                                      | <b>06</b> |
| <b>RESUMEN.....</b>                                                                                                                                                     | <b>07</b> |
| <b>LISTA DE SIGLAS E DE ABREVIATURAS.....</b>                                                                                                                           | <b>08</b> |
| <b>SUMÁRIO.....</b>                                                                                                                                                     | <b>09</b> |
| <br>                                                                                                                                                                    |           |
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>                                                                                                                                               | <b>11</b> |
| <br>                                                                                                                                                                    |           |
| <b>2 OS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE: O DESAFIO DO MODELO DA FRATERNIDADE.....</b>                                                                             | <b>24</b> |
| 2.1 As Matrizes históricas e formadoras: do primado à atualidade dos Direitos Humanos.....                                                                              | 24        |
| 2.1.1 O Desdobramento dos Direitos Humanos: por uma tradução histórico-emancipadora de dignidade humana .....                                                           | 37        |
| 2.2 Os Direitos Humanos: Concepções e Fundamentos de sua gênese .....                                                                                                   | 51        |
| 2.3 Os Direitos Humanos: caracterização e construção de seus desafios na cena atual – a expressão do modelo da fraternidade(?) .....                                    | 64        |
| <br>                                                                                                                                                                    |           |
| <b>3 OS DIREITOS HUMANOS E A PRODUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO: O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE .....</b>                                                                           | <b>82</b> |
| 3.1 A proteção dos Direitos Humanos: não tanto “uma sociedade de livres e iguais”, porém “mais livres e iguais” <sup>3</sup> do que quaisquer outros.....               | 82        |
| 3.2 As Lições dos DDHH: A produção de Normatividade nos Documentos Internacionais e nos Textos Constitucional e os “pactos” (trans)geracionais de responsabilidade..... | 99        |

---

<sup>2</sup> Trecho do seu último discurso junto ao povo do Haiti, em 12 janeiro de 2010, momentos antes de sua morte, quando o país foi atingido por um terremoto, em uma tragédia sem precedentes na história humana (BRASIL, 2010m).

<sup>3</sup> Referidas expressões foram retiradas do legado teórico de Norberto Bobbio, notadamente, a respeito da liberdade e da igualdade enquanto fundamentos da democracia. Neste sentido, ver “Igualdade e Liberdade” (1996, p. 8), que consta nas referências deste.

|                                                                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.1 Os Direitos Humanos e o Processo de Especialização no Espaço do Constitucionalismo Brasileiro.....                                                                                        | 115        |
| 3.2.2 Os Direitos Humanos: aproximações lingüísticas e distinções necessárias.....                                                                                                              | 19         |
| 3.2.3 Do pacto geracional para o pacto transgeracional de responsabilidade - do solidário ao fraterno: a promoção (ou a promessa) da proteção.....                                              | 125        |
| 3.3 O Estado da Arte – a Teoria do Princípio Responsabilidade e a interpretação dos Direitos Humanos para a sua realização prática (de responsabilidade fraterna).....                          | 136        |
| <b>4 OS DIREITOS HUMANOS NA DIMENSÃO DO DIREITO FRATERO E SUAS PERSPECTIVAS (RE)AFIRMADORAS (ou CONCRETIZADORAS).....</b>                                                                       | <b>150</b> |
| 4.1 A Tarefa do Direito Fraterno: a defesa da regra do jogo – o custo mínimo e o ganho máximo.....                                                                                              | 150        |
| 4.2 A especialização do Conceito dos Direitos Humanos no Paradigma do Direito Fraterno: em busca da fundamentação, proteção e equilíbrio.....                                                   | 168        |
| 4.2.1 A Lei da amizade (Direito Fraterno), a Constituição sem Inimigos (Constituição Amiga) e o “Terceiro Ausente”(Anam Cara) <sup>4</sup> : sobre as questões fundamentais de nosso tempo..... | 193        |
| 4.3 Os Indicadores do Progresso Histórico: o vínculo com a Concretude dos Direitos Humanos .....                                                                                                | 211        |
| 4.3.1 Da “Fábrica das Leis” aos “Supermercados do Direito” <sup>5</sup> : a compreensão da prática dos Direitos Humanos.....                                                                    | 225        |
| 4.3.2 Os Limites e Aporias em torno da (In)Efetividade e (In)Eficácia dos Direitos Humanos.....                                                                                                 | 234        |
| 4.4 O Processo de Especificação dos Direitos Humanos: Vigiar, Proteger e Promover - há lugar para a concretização/afirmação do Direito Fraterno(?) .....                                        | 241        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                                                                                                                                                           | <b>268</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                                                                                                         | <b>286</b> |

<sup>4</sup> Da obra do mesmo nome, *Anam* é a palavra gaélica para alma e *Cara* é a palavra para amigo. Deste modo *Anam Cara* é o amigo da alma. (O DONOHUE, 2000, p. 31).

<sup>5</sup> Ambas as expressões destacadas entre aspas são de Delmas-Marty (2004, p. 215 e 219).

## INTRODUÇÃO

[...] a fraternidade recoloca em questão a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com as suas histórias e as suas diferenças, não com os poderes e as rendas de posições que escondem o egoísmo através da abstração (dos procedimentos neutros, do poder de definição, da escolha da relevância dos temas da decisão, da cidadania).

(RESTA, 2004, p. 16)

Os Direitos Humanos gozam de real amplitude e esta amplitude, de ordem tamanha na dinâmica jurídica, requer um mínimo de delimitação e recorte tal que o tema seja adequadamente compreendido. Neste sentido, o presente trabalho tem a tarefa de examinar os Direitos Humanos na correlação entre direitos historicamente proclamados e direitos que se afirmam na tônica contemporânea, segundo a lição do Direito Fraternal, com o propósito de dar “presença” ao princípio da fraternidade, enquanto base da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e do qual, ausentou-se a teoria e a prática jurídica pertinente, porquanto fora oportunizada a saga dos princípios da liberdade e da igualdade, dentre os três princípios que representam a tríade principiológica que se estabilizou no Texto aprovado em 1948.

Na tônica do presente trabalho, é deveras importante que se esclareça que a Declaração Universal não teve outro papel senão recepcionar os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, contidos na Revolução Francesa, detentora da “chave da História do Século XVIII” (MARTÍNEZ, MANRIQUE, 2001a, p. 121) que a antecederia, e, assim, estabelecer a missão de dar conta de enfatizar tais princípios, enquanto embaixadores do paradigma da história humana, e que até então ocupara o pedestal de diametralmente próximos dos Documentos proclamados, para dar lugar aos princípios que passariam a prática da vivência do homem. Aliás, em torno dos princípios da liberdade e da igualdade foram traçadas a maior parte da saga do homem, no viés da história do Direito, transcorrida na era moderna e contemporânea, entendidos tais períodos enquanto assentados no espaço que permeia os Séculos XVIII - que culminou com a aprovação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em agosto de 1789 (BRASIL, 2009i), e no marco mais amplo da

Revolução Francesa – até o momento atual. Entretanto, é útil registrar, para efeitos do presente estudo, a pesquisa fará um recorte, e apresentará seus resultados a partir da DUDH (1948) (BRASIL, 2009j).

O tema central da pesquisa se dará a partir da afirmação e reafirmação dos Direitos Humanos com o escopo de identificar a razão, a função – ou muitas delas – e as características de tais direitos que estarão sendo investigadas com fulcro na trajetória assentada e a construção que está sendo desenhada na atualidade da agenda de ação nos Estados, no espaço doméstico e em suas relações com a comunidade internacional, com destaques voltados para o assentamento e transversalidade de suas diretrizes e de seus escopos – a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência de tais direitos. Aqui também caberá um recorte visando atender a matriz teórica pesquisada, de forma que os Direitos Humanos atendam a inscrição de direitos, enquanto um dos principais “indicadores do progresso histórico” (Bobbio, 2004, p. 22)<sup>6</sup>, que estão sendo desenhados na paisagem contemporânea, os quais, podem ser ditos pertencentes a matriz do princípio da fraternidade.

De igual sorte, haverá opção pela ambientação de cunho histórico, no caso a contemporaneidade, entendida esta pelo espaço de tempo localizado no final do Século XX e XXI. A pesquisa, entretanto, pretende retroceder no tempo, em razão de localizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (BRASIL, 2009j), e, a partir de então, passará a analisar os eventos e os acontecimentos que contribuíram e forjaram a gênese dos Direitos Humanos, suas características, concepções e fundamentos sustentadores, no caso, através das referências doutrinárias que lhes dão aportes. De outro lado, será oportuno e justificador deste, qual seja, o objetivo da pesquisa, partindo do desdobramento e evolução de tais direitos, será dado compreender o compromisso histórico de sua formação, qual seja, a “positivação”, a “generalização”, a “internacionalização”, para, assim, apontar os seus aportes de “concretização”, a qual, na linha da doutrina peces-barbiana (2004), será denominada “especificação”, as quais (concretização e especificação) convergem para o tema da proteção e da promoção em torno dos Direitos Humanos. É nesse viés e com esta intenção que pretende seja acolhida, adotada e compreendida o sentido de afirmação e (re)afirmação indicada no objetivo norteador deste estudo.

Um esclarecimento primeiro. Ao utilizar a expressão Direitos Humanos<sup>7</sup> ao longo

---

<sup>6</sup> Corresponde a Terceira Tese de Bobbio (ver subcapítulo 4.3 deste estudo).

<sup>7</sup> Sobre os diferentes sentidos linguísticos da expressão Direitos Humanos – ver subcapítulo 3.2.2 deste estudo.

deste estudo, parte-se de dois universos. *Um*, o que está posto e resta construído e identificado pela doutrina; *dois*, o que está em projeto ou em vias de vir-a-ser e que tem na fraternidade o seu dom de sustentação. Na primeira situação, enquanto tarefa teórico-doutrinária, e já devidamente assistida pela doutrina, recorre-se ao legado teórico de Peces-Barba Martínez (2004) no sentido de que, utiliza-se o termo “Direitos Humanos” referindo a uma expressão moral, ou a direitos subjetivos protegidos por uma norma jurídica. Ao chamar “direitos” a concepção moral se reveste de juridicidade. Portanto, por mais que a acusem de uso ambíguo, com significado distinto, a história do pensamento jurídico tem expressado um e outro - incluindo a teoria jurídica, e onde está a cartilha da igualdade e da liberdade – enquanto enfrentamento permanente em torno dos dois pontos de vista – o jusnaturalismo e o positivismo (2004, p. 21) e, da mesma forma, o direito que urge assentar-se, representativo dos inúmeros movimentos plurais, e de muitos outros, que estão sendo recolhidos na seara do pós-positivismo.

Sobre a dimensão da juridicidade dos DDHH convém ainda uma explicação última, a mercê da crítica levantada pela doutrina no sentido de que tais direitos se convertem em direitos morais indo encontrar no imperativo categórico e na dignidade humana o seu fundamento, razão pela qual deixam de ser “direitos jurídicos”. (TORRES, 1999, p. 60). A pesquisa, entretanto, frise-se, opta por sustentar a concepção peces-barbiana. As razões decorrem do êxito e da extensão de uso da expressão conforme se apercebe da história contemporânea, realidade de vida dos Direitos Humanos.

Peces-Barba Martínez, em seu reconhecido magistério, aponta que a função principal dos direitos fundamentais na sociedade moderna é orientar a organização da sociedade e principalmente do Direito, enquanto sistema de organização social, de acordo com a dignidade da pessoa, de forma que cada um possa realizar o conteúdo que identificam esta dignidade e que os elementos dessa dignidade são capazes de eleger, de construir conceitos gerais, de comunicar e de gerar diálogos, e, de decidir sobre seus fins, sobre sua moralidade e sobre sua idéia de salvação. Com isto, os direitos fundamentais contribuem, para que cada pessoa possa realizar os signos de sua condição humana (1999, p. 132-133).

O legado peces-barbiano dá conta de que a importância de tais funções reside na idoneidade dos direitos fundamentais objetivando identificar o conceito de “Direitos

Humanos” e para reconhecer todas as dimensões de seu conteúdo<sup>8</sup>. Para tanto, a “moralidade pública” que se denomina “Direitos Humanos” atua na perspectiva ética como uma pretensão moral e se incorpora no Direito Positivo, como um direito fundamental. Com efeito, se pode falar de sua função de Direitos Humanos como moralidade, de sua função como direitos. No primeiro caso, tem-se uma compreensão crítica dos Direitos Humanos a respeito do Direito Positivo que não os reconhece e tratam de positivar-se, de transformar-se em Direito Positivo dos direitos fundamentais. No segundo caso, os Direitos Humanos são uma norma jurídica. (1999, p. 133).

Na segunda situação, tem-se a adesão do presente estudo, fundada na percepção de que os Direitos Humanos requerem um mínimo protetivo, qual seja, representam um conjunto – padrão mínimo – de direitos que são fundamentais ao asseguramento de uma vida sustentada na liberdade, na igualdade e, sobretudo, na fraternidade, a mercê de compor o espectro básico da dignidade humana, um mínimo essencial de Direitos Humanos. Sobre a presente conclusão, convém destacar que a maior parte da história humana estivera centrada no paradigma da liberdade e da igualdade. A fraternidade requer ainda experimentação e a proposta é exatamente esta – um convite para examinar os Direitos Humanos na escuta do paradigma fraterno.

O objetivo geral da pesquisa, no caso analisar a afirmação dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraterno, com a finalidade de seu cumprimento, será dividido em três objetivos específicos, representativos e vinculados, e que a ele conduz. O primeiro examinará os Direitos Humanos frente ao desafio da fraternidade. Para tanto, buscou-se nos aportes históricos, o desdobramento de tais direitos, bem como os fundamentos de sua gênese e a caracterização de seus desafios. No segundo ponto, o objetivo pretende analisar os Direitos Humanos e a produção de sua proteção em face do princípio responsabilidade no viés da teoria e da prática da matriz e do legado de Hans Jonas, e, assim, dar conta do sinal de compromisso com o pacto transgeracional. O terceiro e último, detentor do tema central da pesquisa, cuidará de examinar os Direitos Humanos na dimensão do Direito Fraterno, situados no contexto da contemporaneidade, quanto as suas perspectivas reafirmadoras ou concretizadoras.

Ainda, quanto a dimensão do objetivo geral, afeita também aos objetivos

---

<sup>8</sup> Ver subcapítulo que trata das gerações/dimensões de direitos.

específicos, é útil ser prestado um derradeiro esclarecimento. O cenário para a apresentação e o exame dos Direitos Humanos, neste estudo, há de se dar na perspectiva do espaço doméstico e da comunidade internacional, sem uma localização e compromisso de identificação com um e outro espaço, a não ser eventualmente como é o caso do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3), firmado que foi em dezembro de 2009, a mercê da influência inegável dos compromissos assumidos e que vão formatando um processo de sustentação perante a comunidade internacional. Obviamente, e em razão das situações históricas e fáticas que dão conta da (in)formação de tais direitos, como é o caso das situações de guerra, do terror, das armas, e demais fatos porventura ligados, inclusive as questões de paz, que acabam sendo vinculadas, bem como, as três linhas do pensamento jurídico atual, embora seja nítida a ausência de muitas destas questões na pátria brasileira, mas, aqui, serão referidas, de um modo geral, sem a ocupação de localizar esses pontos com questões de ordem interna (doméstica) ou externa.

Com o intuito de prestar atendimento a proposta da pesquisa, quanto ao Direito Fraternal, o estudo tomou como fundamento o legado de Eligio Resta, e seu princípio fundamental, a fraternidade. A justificativa da escolha e da necessária delimitação do tema pretendeu atender aos seguintes aspectos: inicialmente, a orientação de que o Direito liga-se à fraternidade; a atualidade do tema; a abertura aos novos direitos, especialmente, a teoria e a prática enquanto princípio responsabilidade, o necessário assentamento dos Direitos Humanos na agenda atual, o estabelecimento de relações jurídicas, a ligação com os problemas fundamentais de nosso tempo, os direitos do homem, a paz, a democracia e o vínculo de tais pontos com o Direito Fraternal.

Quanto a primeira justificativa, convém aqui dar destaque, na medida em que presta confirmação da dinâmica que decorre entre o Direito e a Fraternidade, de onde o Direito Fraternal buscou estabelecer um mínimo de racionalidade, visando uma teoria que pudesse dar corpo e voz, teoria e ação, sistema e estrutura a base da existência do Direito em uma sociedade completamente fraterna de que nos fala Fausto Gorio (2005, p.25-30), qual seja, estabelecer na experiência prática, uma relação concreta, com forte impulso de efetividade, com alto índice de observância do Direito na prática, o que impõe considerar que, a fraternidade liga-se ao Direito, não só como valor social, mas como elemento necessário a sua aplicação.

Há ainda uma justificativa a ser seguida: o de compreender que a fraternidade não



possui a chave para o individualismo. Pelo contrário, esta tem o dom do estabelecimento de relações cujos efeitos refletem na dinâmica do espaço coletivo, subsistindo no espaço guiado pela tônica da relação social concreta. Parte-se portanto, de uma exigência principal “conferir às relações sociais um caráter mais fraterno” (GORIA, 2005, p. 27).

O método de abordagem adotado foi o lógico-dedutivo baseado em pesquisa doutrinária, de cunho bibliográfico, de caráter histórico, sociológico, filosófico e jurídico. O método de procedimento recorreu a produção monográfica. Quanto as técnicas de pesquisa, recorreu-se as técnicas bibliográficas – com consulta a livros, revistas especializadas – e documental – centrado no exame de textos legais e jurisprudenciais, com ênfase nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

É, também, útil algumas explicações, de cunho metodológico:

1.O exame dos casos referidos na presente pesquisa, não será exaustivo. Serão citados, mediante seleção pela convergência do tema, notadamente de cunho ilustrativo, ou pela proximidade e exemplificação com o tema e o recorte da pesquisa, tanto na dimensão do objetivo geral, quanto dos específicos, estes na oportunidade da respectiva referência. Portanto, não será utilizado nenhum critério estatístico de amostragem, a não ser uma escolha aleatória, subjetiva porque independerá de seleção estatística, e objetiva porque premiará ser guia da temática de afirmação dos Direitos Humanos. O sentido buscado com a referência dos mesmos é exatamente esta: ensejar e ilustrar os elementos contributivos à promoção e operacionalidade dos Direitos Humanos na agenda atual. Não há, pois, e nem será o caso, porque não é interesse da pesquisa, a adoção persecutória, indagativa e crítica de encontrar e expor uma jurisprudência consolidada, remansosa, ilustradora do senso teórico do jurista ou, mesmo indicar eventuais decisões normatizadas que pudessem pertencer ao campo paradigmático, indicativa do senso jurídico crítico.

2.Os casos a serem consultados, decorrentes em sua quase absoluta maioria, de decisões do Supremo Tribunal Federal, serão anotados com o sentido exemplificativo e ilustrativo do objeto pesquisado – a afirmação dos Direitos Humanos, o que justifica a sua adoção, em um grande número de citações em notas de rodapé, e, portanto, como não há inferência crítica ou análise específica quanto ao que está ali decidido, com pouquíssimas exceções, e porque, igualmente, são de fáceis acesso e gozam de disponibilidade pública, foram citados como constam, sem supressão de nomes, números, enfim, quaisquer dados que tivessem o cuidado para que os mesmos não fossem identificados, o que diga-se, não

aconteceu.

3. Por vezes, serão utilizadas notícias de espaços virtuais de senso comum, exatamente com o interesse de ambientar o tema pesquisado, notadamente na situação a ser inferida, redimensionando a questão a ser posta, na ordem prática do cotidiano. Não haverá preocupação de omitir nomes, por se tratar de notícias veiculadas pela mídia, ainda que virtuais, de responsabilidade, de seus respectivos agentes. A intenção, na referência aos mesmos, longe do discurso do almanaque, pretenderá dar ao trabalho a dimensão na atualidade, o que é justificado pelo recorte temático afeito aos Direitos Humanos na contemporaneidade;

4. Ainda, serão obtidas e anotadas algumas notícias veiculadas em jornais – as quais pertencente ao senso comum, estarão sendo anotadas no trabalho, com a intenção comparativista e ilustradora, do que resultará a compreensão da teoria jurídica (senso da ciência) e a compreensão do senso comum. No caso, a justificativa para tanto, pretenderá dar contexto amplo a realidade dos Direitos Humanos, sobretudo nos espaços onde acontecem as violações a esses direitos, e justamente por isto, de que forma, no espaço da ciência, questões que tais são examinadas;

5. A consulta à legislação se dará através da doutrina ou através de páginas virtuais, com preferência aos sites institucionais do Governo Federal, ou sites oficiais outros, e ainda, selecionados os de instituições confiáveis;

6. No curso da pesquisa, em todos os aspectos, haverá de privilegiar a consulta a fonte direta, evitando mencionar decisões, autores e documentos pela via indireta, a não ser que justificável a referência em razão da comparação, da demonstração de divergência, e, para demonstrar a confiabilidade do que se proporá examinar.

7. Para evitar repetições, para efeitos deste trabalho, algumas palavras foram abreviadas, o que justifica a adoção no corpo do texto em forma maiúscula, como por exemplo, e sem a intenção de esgotá-los, porque são perfeitamente identificáveis na lista de siglas e na exposição ao longo do texto: CRFB/1988, em substituição a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor; DDHH, em substituição aos Direitos Humanos; PNDH-3 em substituição ao Programa Nacional de Direitos Humanos (versão 3), de dezembro de 2009 e, assim por diante.

O método a ser utilizado na pesquisa será o lógico-dedutivo baseado em pesquisa doutrinária, de cunho bibliográfico, de caráter histórico, sociológico filosófico e jurídico. O

método de procedimento, o de produção monográfica. Quanto às técnicas de pesquisa, recorreu-se as técnicas bibliográficas – com consulta a livros, revistas especializadas – e documental – centrado no exame de textos legais e jurisprudenciais, com ênfase nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em linhas gerais, o plano de estudo será assim distribuído: inicialmente, pretende-se abordar a afirmação e a reafirmação dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal. Aqui, novamente, convém uma explicação quanto à locução “afirmação”. O sentido e o alcance da referida palavra, neste trabalho, tem ligação com a especificação e concretude dos Direitos Humanos, especialmente a sua operacionalidade no espaço histórico-jurídico, e estará sendo utilizada com o compromisso de dar vínculo a esfera da proteção e promoção dos DDHH, ou “especificação” conforme dá conta o legado teórico de Peces-Barba (2004), que é recorrente neste. Os dois primeiros capítulos, cada qual a seu modo e na linha de atender aos objetivos traçados, haverão de prestar a sua contribuição no sentido de dar contexto aos objetivos delineados no trabalho, eleitos sob três perspectivas: os Direitos Humanos na contemporaneidade em face do desafio da fraternidade; os direitos humanos e o desafio de sua proteção, promoção e promocionalidade; e, por último, no terceiro capítulo, serão examinadas as perspectivas (re)afirmadoras ou concretizadoras em que serão colocadas as questões de operacionalidade dos Direitos Humanos.

Os três objetivos específicos serão construídos em três pontos, da seguinte forma, e em um breve contexto: inicialmente a partir da concepção histórica de direitos do homem – no caso sujeito histórico, depois direitos da pessoa, justificadora de um grau de dignidade humana e, após, no caso do Brasil, especialmente, com o advento da CRFB/1988, e com o PNDH-3, voltado para a noção de cidadania, ligada ao homem ser-cidadão, e, por último, a promoção do homem fraternal e o estabelecimento desse “ser outramente”<sup>9</sup> no espaço da agenda contemporânea. Tendo em conta a afirmação dos DDHH, o recorte a ser eleito, privilegiará o fato de que se trata de temas que resguardam e dão suportes às condições de efetividade e que, portanto, dão continuidade e conclusão a tarefa inicializada, eis que, necessários a alguns questionamentos, os quais *a priori* são revelados: o reconhecimento dos direitos, de um modo geral, e de onde decorre a mesma base jurídica, dos quais os Direitos

---

<sup>9</sup> Esta palavra tem sentido regular no trabalho. Seu sentido, ainda depende de compreensão da pesquisa, que está iniciando. Para evitar a repetição, em respeito a questão metodológica, presta uma explicação inicial. A expressão tem por referência a doutrina de Paul Ricoeur (2008, p. 9). e Alain Touraine (2009, p.201).

Humanos são representativos, a mercê de compor um quadro de representação de direitos que são comuns a todos; a igualdade de oportunidades mútuas; as questões da liberdade; os problemas fundamentais de nosso tempo, e, por último, a existência de um mínimo de equilíbrio nas relações que são ditas e celebradas no acolhimento da fraternidade, razão pela qual, justificadora do sentido do Direito Fraternal.

Sobre o Direito Fraternal e seu princípio sustentador, no caso o princípio da fraternidade, é preciso tecer algumas considerações a mercê de que são poucos os estudos acadêmicos ou doutrinários em torno do tema no espaço da pesquisa e das academias brasileiras, razão pela qual, também tem sido parca a produção jurisprudencial, conforme revela a pesquisa produzida em sede da Suprema Corte brasileira, mas nem por isto há de se justificar a inexistência de um impulso e de um convite para o despertar do assentamento de sua base e da formação de sua crítica, se assim houver de ser.

Nascente da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante Declaração Universal ou DUDH) (BRASIL, 2009j), a história humana registra que a experiência de organização do Direito viveu mais tempo assentada na ordem da liberdade e da igualdade, justificando, por isto mesmo, a novidade com que é esperado o estabelecimento de relações na esfera doutrinária, acadêmica e perante o Poder Judiciário, cujo tema esteja voltado para o princípio da fraternidade e, que, tenha como pano de fundo, o Direito Fraternal.

Diante de tão frágil enfrentamento, quer na esfera doutrinária, quer pela ausência de decisões judiciais produzidas sem o amparo de uma diretriz certa, firme e constante, percebe-se que há muito por fazer em torno de seus elementos fundamentais básicos, formadores do arquétipo do princípio da fraternidade, e, tampouco, sobre suas características, tanto as referentes a sua matriz doutrinária quanto as pertinentes ao campo de sua aplicação. Com isto não se pretende discutir a uniformidade, a mercê de vagueza da crítica e da não crítica e, tampouco, pretende-se noticiar a expectativa de sua entrada triunfal no espaço dos tribunais brasileiros. Ora, se a uniformidade garante a “vala comum”, de outro a raridade pode dar ao Direito Fraternal a qualidade de exclusividade e, bem por isto, a condição de “pedestal”, qual seja, de afastamento do mundo prático, e quem sabe lá, até de esquecimento de seu conceito.

De outro lado, sujeitando-se os princípios a um mínimo de flexibilidade, amoldáveis de acordo com o caso, justificativas há que informem a inexistência de uma fórmula pronta, acabada quanto o assunto é o Direito Fraternal, o que confere a Fraternidade a

dimensão de quanto referido princípio é bem vindo no mundo da organização internacional e, de igual sorte, na esfera da processualística pátria.

Desse modo, não há de se afastar de um dado fático: nos fundamentos que ditam valores para a DUDH (BRASIL, 2009j), estão três princípios, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Nessa perspectiva estão assentes também os Direitos Humanos a mercê de responsável pela promoção e proteção da dignidade humana e dos valores que eles exprimem. Não há de menosprezar o que consta no preâmbulo: “a dignidade inerente a todos os membros da família humana” e, também o que resta expresso no artigo 1º: “agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Tais considerações sustentarão a organização do plano do presente estudo que será distribuído em três pontos, justificadores dos objetivos do trabalho.

O primeiro capítulo será denominado “Os Direitos Humanos na contemporaneidade: o desafio do modelo da fraternidade”, forte no contributo doutrinário, especialmente o legado de Peces-Barba e de Norberto Bobbio (2004, p. 22), apresentará a concepção dos DDHH perante o desafio da fraternidade, qual seja, a busca de sua razão fundamentadora, tomando por marco o primado dos DDHH em torno dos direitos naturais – de construção histórica, passando pelos documentos internacionais, até o início do pós-Guerra indo deparar-se com as Declarações de Direitos, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>10</sup> (1948) (BRASIL, 2009j)– quando concretamente despontam os novos tempos representativos dos pactos contra o autoritarismo e que selam a proposta de paz no mundo e pelo mundo.

O segundo capítulo, intitulado “Os Direitos Humanos e a produção de sua proteção: o princípio responsabilidade” pretenderá analisar a proteção dos DDHH tendo como *background* a matriz teórica de Hans Jonas sustentada no princípio responsabilidade (2006) cujos atos na cena jurídica contemporânea, profundamente influenciada pelas ameaças do progresso tecnológico, comportam um mínimo do agir humano responsável, capazes de

---

<sup>10</sup> Herkenhoff (1998, p. 34-35) lembra que a Declaração é denominada “Declaração Universal dos Direitos do Homem” ou “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Na tradução oficial da língua portuguesa, constam as duas denominações: Direitos Humanos (no título de rosto) e Direitos do Homem (nas menções subsequentes). Com isto, é previsível, que nas traduções oficiais, costumam apresentar as duas formas. São exemplos, *Declarati6n Universal de Derechos Humanos* (espanhol); *Universal Declaration of Human Rights* (inglês); *D6claration Universelle des Droits de l’Homme* (franc6s); *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo* (em italiano).

escolher entre o “bem e o mal” de que dá conta o princípio e a prática do referido princípio<sup>11</sup> e, adstrito a tal fórmula, construir um legado de proteção em torno das ameaças que se instalam contra a vida, a segurança, e, especialmente (dita desta forma por conta do objetivo central da pesquisa), contra a *liberté et égalité*, e a *fraternité*, tendo como fundamento a responsabilidade submetida ao princípio responsabilidade e sua prática e a concepção do modelo de fraternidade.

O último capítulo, chamado “Os Direitos Humanos na dimensão do Direito Fraternal e suas perspectivas (re)afirmadoras (ou concretizadoras)”, terá a finalidade de examinar o tema da afirmação dos DDHH através de quatro linhas sustentadoras, indicadas pela teoria de Peces-Barba (2004, p. 103): a positivação, a generalização, a internacionalização e a especificação e, após, forte no embasamento teórico de Bobbio (2009), propôs-se renovar a problemática na medida da cena atual. Para tanto, as três correntes do pensamento político moderno em torno dos DDHH serão analisadas com o intento de compreender a problemática dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal.

Seguindo tal compreensão é perfeitamente possível encontrar uma real e comprobatória certificação da fraternidade que tem a ver com a dimensão individual do efetivo exercício dos Direitos Humanos colocados no espaço comunitário. É o que se vê do artigo XXIX da DUDH: “Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, único lugar em que é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade.” (BRASIL, 2009j).

Ainda, quanto ao terceiro aspecto – que será o propósito maior desta pesquisa – traduzido pelo desdobramento do estado da questão no momento atual, em seu viés teórico e prático (este minimamente), os direitos humanos serão apresentados em face dos principais indicadores do progresso histórico (neste caso parte-se da violação em sede dos DDHH<sup>12</sup>), e,

---

<sup>11</sup> O “princípio” e a prática do princípio responsabilidade é uma referência expressa as duas obras de Hans Jonas: **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica (2006) e a **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad (1985). Ambas constam do trabalho e das referências.

<sup>12</sup> No presente estudo a “violação em sede dos DDHH” está associada ao fundamento de que nos socorre Graziano Sobrinho (2010, p. 163-172), das grandes atrocidades, dos inimigos indefinidos e imateriais, e das situações de indeterminações. Da mesma forma, as “tradicionais” violações dos DDHH, tais como, os horrores que o homem tem sido capaz de engendrar contra os seus, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial, nos termos relatados por Eric Hobsbawm (1999), como ocorreu com o fascismo e o nazismo, ou até mesmo, a Guerra do Vietnã; Biafra, na Nigéria dos anos 60; o Krahmer Vermelho no Camboja; os conflitos étnicos em Ruanda; Uganda, Bósnio e Kosovo; as ditaduras na China e no Tibet, em Cuba e na América Latina. E ainda, a perseguição e o regime de segregação que são obrigadas as crianças albinas africanas, os Brancos-negros no Canadá, a fome, a miséria e a pobreza, disseminada no continente africano e em muitos outros países, o analfabetismo e os regimes de semi-escravidão e exploração do trabalho infantil, o tráfico de seres humanos, o estupro, etc., de tal forma que tem sido esperado que as Constituições contemporâneas, no anseio de defender e

assim, identificar um *modus operandi*, representativo da construção de um modelo forjador de fraternidade, de promoção de vínculos, que se nutre do zelo das questões fundamentais do homem, e, não somente da mera tolerância que se constrói nas relações estabelecidas na sociedade.

A justificativa para tanto, na linha teórico-doutrinária, decorrerá da constatação de que, conforme apontado por Bobbio (2004, p. 226), cada vez mais, as três correntes do pensamento político moderno se juntam – o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social, apesar de mantidas as suas particularidades, e, de onde decorre que estão a originar um sistema complexo de direitos fundamentais, e que representa uma meta a ser conquistada na unidade do gênero humano. De igual sorte, Peces-Barba (2004, p. 103) também indica a mesma linha para o conteúdo e o sentido da questão e o faz através de três contribuições sucessivas – a liberal, a socialista e a democrática. Em ambos, têm-se a compreensão de que, em termos gerais, as questões fundamentais do homem, sediadas na seara de tais pensamentos, são certificadoras dos direitos de novas gerações, e estão a ocupar o espaço do debate contemporâneo, resultantes da convergência da (re)afirmação dos DDHH e influenciadas pelas ameaças do progresso tecnológico.

Com tal sentido, e como resultante do espaço das políticas públicas relocadas na cena política atual, também será apresentado o PNDH-3, Programa Nacional dos Direitos Humanos, o qual será neste indicado enquanto representativo dos escopos assentados na DUDH (BRASIL, 2009j), ilustrativo dos indicadores do progresso histórico, de que remete Bobbio (2004), representativo do processo histórico de proteção e de promoção dos Direitos Humanos, com destaques para a transversalidade e inter-ministerialidade de suas diretrizes, e objetivos estratégicos e ações programáticas, voltadas para a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos.

Por último, assinala que a ideia dos Direitos Humanos que estará sendo defendida neste, a mercê de um direito em construção e que prima por um constante construir, portanto, são direitos históricos que serão tanto mais premiados de proteção e de promoção se há ocupação com a promocionalidade de tais direitos na perspectiva da fraternidade, por isto há

---

proteger direitos, introduziram de forma explícita elementos normativos vinculados a valores e tangencialmente ligados à dignidade humana e aos direitos fundamentais, razão pela qual, associados a opções políticas, cujas políticas podem ser ditas formuladas a partir de redução das desigualdades sociais, ou, então, representativas de proteção de serviços educacionais, os quais, no contexto e somadas a regimes políticos, na dimensão de que pudessem ser balizadores de um consenso mínimo a ser seguido pela maioria.

de se destacar a importância do Direito Fraternal para tal intento. De outra maneira, nascentes da concepção de um mundo melhor e mais digno e, da mesma forma, de um homem kantiano “que progredirá sempre em direção ao melhor” (s/d, p. 95) e que detém uma qualidade de pertencimento na cena contemporânea que justifica a ocupação do espaço na agenda constitucional pertinentes aos direitos fundamentais na atualidade, e o anseio que se faz premido por ocupar lugar na agenda dos indicadores dos governantes a mercê de destacar os direitos do homem colocados no espaço da sociedade e de suas relações na ordem pública, com o fundamento de conferir às relações um caráter de fraternidade.



## 2 OS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE: O DESAFIO DO MODELO SUBSTANTIVO DE FRATERNIDADE

Quando a filosofia chega com a sua luz  
crepuscular a um já a anoitecer, é quando uma  
manifestação de vida está prestes a findar.

Não vem a filosofia para a rejuvenescer,  
mas apenas reconhecê-la. Quando as sombras da noite  
começaram a cair é que levanta vôo o pássaro de  
Minerva.  
(Hegel, 2007, prefácio)

### 2.1 As Matrizes Históricas e Formadoras: do primado a atualidade dos Direitos Humanos

Da afirmação de Hegel (1770-1831), extrai-se um desafio – o da chegada que vem anunciada pelo findar. Tal qual a lição hegeliana, os Direitos Humanos dispensam rejuvenescimento e cobram reconhecimento. É assim com o peso da história e da tradição sócio-histórico-política que é esperado o seu vôo – inexorável tal qual o pássaro de Minerva, a mercê de reconhecimento de um projeto, uma teoria, que lhe dê efetividade prática na tarefa de dar sistematização aos Direitos Humanos.

Assim, para a compreensão do desdobramento dos DDHH<sup>13</sup> em sua matriz formadora adotam-se nesta pesquisa, a partir do aporte doutrinário de Norberto Bobbio (2004, p. 22)<sup>14</sup>, dois pontos de partidas e um de chegada: os primórdios, desde os direitos naturais – de construção histórica, passando pelos documentos internacionais, até o início do pós-Guerra, quando concretamente desponta os novos tempos representativos dos pactos contra o autoritarismo e que selam a proposta de paz<sup>15</sup> no mundo e pelo mundo, representado

---

<sup>13</sup> Doravante, referida expressão passará a constar neste trabalho porquanto abreviatura da expressão “Direitos Humanos”.

<sup>14</sup> Norberto Bobbio (2004, p. 22), na introdução de A Era dos Direitos, sustenta sua concepção sobre os Direitos Humanos, a partir de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico.

<sup>15</sup> Boff informa que, “Dos 3.400 anos de história da humanidade que podemos datar, 3.166 foram de guerra. Os restantes 234 não foram certamente de paz, mas de preparação para outra guerra” (2006, p. 24)

principalmente pelas Declarações de Direitos, especialmente a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) (BRASIL, 2009j) – sendo este o segundo ponto. Da mesma forma, há um terceiro aspecto, traduzido pelo desdobramento do estado da questão no momento atual, quando os direitos humanos são apresentados nos principais indicadores do progresso histórico e, então, na análise deste trabalho, representativo da construção de um modelo forjador de fraternidade.

Um esclarecimento inicial - não se pretende neste, apresentar tais direitos simplesmente a partir de aportes teóricos, sustentadores de matrizes doutrinárias, e sim, realçar os aspectos de que, no passado a tarefa dos DDHH, mais do que pertencer a uma concepção histórica de direitos do homem – sujeito histórico, depois direitos da pessoa, justificadora de um grau de dignidade humana e, após, no caso do Brasil, especialmente, com o advento da CRFB/1988, voltado para a noção de cidadania, ligada ao homem ser-cidadão, e, por último, a promoção do homem fraterno e o estabelecimento deste ser “outramente”<sup>16</sup>, alicerçado no Direito Fraterno, qual seja, “um direito que rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, sociedade e direito” (VIAL, 2006, p. 182), o que não significa uma concepção anárquica de negação do Estado, e sim, uma crítica em torno da legitimação do poder fazer, estruturar e dever doar no desafio de co-dividir.

Quanto ao primeiro aspecto – diga-se a respeito do surgimento e estabelecimento dos direitos, é de se antever que os primeiros registros histórico-jurídicos do fenômeno jurídico procuram assento na organização humana e não na organização estatal, conforme mais tarde será a regra, o que condiz com a conclusão de que os direitos naturais são direitos históricos, ou então, que estes vão pertencer a construção da fundamentação dos DDHH, decorrentes da compreensão de que os direitos do homem constituem uma “categoria heterogênea”, das quais pertencem estes mesmos direitos e os direitos de liberdade e os direitos sociais. (BOBBIO, 2004, p.62)

Significativa e curiosa é a observação registrada por Ovídio Baptista, quanto à manifestação primeira do Direito, simbólica dos direitos primários e da expressão inicial dos

---

<sup>16</sup> Expressão utilizada por Paul Ricoeur e Alain Touraine (ver referências), para referir e tratar o **Outro**, na concepção de relação entre o eu (o Ser) com o outro, isto é, seguindo o discurso interpretativo de Touraine “o sujeito só pode formar-se caso ele igualmente aprende a reconhecer os outros e suas diferenças” (2009, p. 201). Ou, ainda, nos moldes Ricoeuriano o neologismo “outramente” foi adotado para traduzir o *autrement* de Lévinas, conforme consta da obra de Ricoeur (Advertência, 2008), “o si-mesmo como outro” (2008, p. 9).

Direitos<sup>17</sup> – expressão substantiva, portanto, ilustradora da gênese dos Direitos Humanos, já que nascentes dos direitos do homem:

Os antropólogos que se dedicam ao estudo do fenômeno jurídico mostram que o Direito, em suas mais diferentes expressões, esteve presente em todas as comunidades humanas, por mais rudimentares que elas tenham sido. Pode-se afirmar, sem temor de erro, que o Direito, enquanto expressão do justo (*ius*), é um fenômeno cultural que nada tem a ver com o Estado. Ao contrário do que dissera o positivismo, não foi o Estado que inventou o Direito, mas o contrário, o direito que deu vida ao Estado. (SILVA, 2008, p. 280).

No segundo aspecto, nascente de um passado histórico, emergente de um “imenso matadouro”, dominados por guerras, de origens religiosas e cunhados por perseguições políticas de toda ordem (BOBBIO, 1984), junto com a concepção individualista da sociedade, a Segunda Guerra Mundial, marcará o reconhecimento da proteção dos DDHH, qual seja, nascente com o início da Idade Moderna, que tem seu destaque nos conflitos, nas revoluções, e nas guerras.

A Segunda Guerra Mundial forjará o contexto para o surgimento da DUDH<sup>18</sup> (BRASIL, 2009j), como resposta às consequências desastrosas do conflito e a pretexto de que, mesmo tendo falhado, o Século XX basta para apresentar seus exemplos óbvios: milhares de mortos (a maioria civis – que foram confiscados pelo holocausto) e outros milhares de refugiados, o aparecimento de regimes totalitários, a bomba atômica, todos contribuíram para os crimes contra a humanidade<sup>19</sup> em volta de tais necessidades, o projeto humano permaneceu essencial<sup>20</sup>, ainda que se avizinhem novas guerras, genocídios, vulgarização da miséria e disseminação da violência, para citar alguns exemplos<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Não se está a tecer justificativas no sentido de que o homem possui direitos anteriores à instituição do Estado. Se assim fosse estar-se-ia admitido neste a anarquia, qual seja, atingir-se-ia a tradição política secular, em especial, a *res publica* como não espaço de organização estatal. A citação remete-se a presença do fenômeno jurídico – do direito enquanto origem de tal instituto. Não do estabelecimento e reconhecimento de sua organização, esta sim, creditada ao Estado.

<sup>18</sup> Referida expressão passa a constar neste estudo como abreviatura da expressão Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 2009j). Opta-se pela abreviatura da expressão conforme a língua portuguesa – no caso “DUDH” e não “UDHR” – *Universal Declaration of Human Rights*, conforme aparece em algumas doutrinas.

<sup>19</sup> Lama sobre a atuação do século passado no campo da violência, anotou: O que dizer de Hitler e de seu plano para destruir os judeus? De Stálin e de seus *pógroms*? E do presidente Mao e a insanidade da Revolução Cultural? E de Pol Pot, que arquitetou os Campos da Morte? (2000, p. 84)

<sup>20</sup> Declarar que a natureza humana é não-violenta, que tem uma tendência para o amor e a compaixão, para a bondade, a gentileza, a afeição, a criação, evidentemente implica um princípio geral aplicável ao ser humano, por definição. (LAMA, 2000, p. 80)

<sup>21</sup> Os que se desligaram dos sentimentos humanos fundamentais tem um potencial para a destruição que não deve

Com isto, aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948 (BRASIL, 2009j), os DDHH ganham o destaque de universalidade<sup>22</sup>, indivisibilidade<sup>23</sup> e interdependência<sup>24</sup>, e passam à ordem de proteção internacional (PIOVESAN, 2000, p. 18-19). Com isto a atuação do homem, no espaço dos direitos, vai influenciar diretamente os DDHH que passam a ser sustentados na concepção da dignidade humana, sabendo que, conforme nos alerta Bobbio, para a sua realização são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem simplesmente da boa vontade dos que os proclamam, nem das disposições dos meios para protegê-los. O mais liberal dos Estados pode se ver na necessidade de suspender direitos de liberdade como acontece em tempos de guerra, enquanto que o mais socialista dos Estados pode, de uma hora para outra, não ter condições de garantir o direito a uma retribuição justa. (2004, p. 62)

Após a Segunda Guerra Mundial, foram instituídas dois grandes sistemas de proteção pertinentes aos Direitos Humanos: o sistema Global, ligado às Nações Unidas, e os Sistemas Regionais. Estes últimos incluem os sistemas interamericano (a OEA, Organização dos Estados Americanos), europeu e o africano. (PIOVESAN; IKAWA; ALMEIDA et alii, 2006).

Parte-se da compreensão de que, na atualidade, os Direitos Humanos são os direitos primários das pessoas e, como tal, dizem respeito, indistintamente, a todos os seres humanos (FERRAJOLI, 1999, p. 40), e, por tabela, igualmente representativos dos direitos primários das pessoas, seguindo tal compreensão, podem ser sustentados como representativos dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, e este constitui o terceiro aspecto, no Brasil, o advento da CRFB/1988, representou uma marca profunda de estabelecimento e vigência dos direitos humanos, enquanto espaço de construção de cidadania, e em tal função os Direitos Humanos fornecem a base de qualquer projeto de emancipação humana, coletiva ou individual, razão

---

jamais ser subestimado. (Idem, ibidem, p. 81)

<sup>22</sup>A universalidade enquanto característica dos DDHH tem ínfima relação com a responsabilidade para com a humanidade, como um todo e da mesma forma considerados legítimos para cada indivíduo, quer na dimensão de resguardar os direitos dos semelhantes, quer na sustentação de garantia aos direitos de cada um. A universalidade confere o sentido de que todos os indivíduos têm direitos pelo mero fato de sua humanidade.

<sup>23</sup> A indivisibilidade implica em que a dignidade humana estende-se desde os direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais, culturais, direito a educação, alimentação e moradia.

<sup>24</sup> A interdependência compreende a conexão entre os direitos econômicos e os direitos civis e políticos e a ligação destes com os DDHH. Uns e outros se complementam. Na falta de um, muitos outros podem ficar prejudicados.

pela qual é esperada a construção de uma teoria, um “mínimo” sistematizante, ou até mesmo o apontamento de princípios racionais que conduzem a afirmativa de sua proclamação e garantia. Endossa referida compreensão o registro seguinte:

Se os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. (FARIA, 1994, p. 105)

Com isto, no caso da perspectiva constitucional histórica do Brasil, que não é diferente da ocorrência de outros processos históricos, tem-se que, ao contrário do que ocorre com a maioria dos direitos individuais tradicionais, em que a proteção exige apenas a não violação, quanto aos Direitos Humanos não convêm ser simplesmente atribuídos aos cidadãos, que passam a ser titulares e sujeitos – atores e autores de direitos, porquanto, então, cidadãos de Direitos Humanos. No dizer de Faria (1994, p.105), cada vez mais é requerido do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade, com políticas que visam fundamentar esses direitos e atender às expectativas por ele geradas.

Ou ainda, no dizer de Gallardo, direitos naturais ou fundamentais que devem ser protegidos por leis positivas e reconhecidas pelo Estado enquanto capacidades e foros do indivíduo enquanto ser humano. O menosprezo a tais direitos implica caracterização ao delito de “lesa humanidad” (1997, p. 30). Tais sentidos, ambos, equivalem à distinção conferida entre os DDHH e os direitos fundamentais.

Ainda que usados como sinônimos os direitos fundamentais e os direitos humanos guardam similitude na medida em que estes têm idênticos titulares – a pessoa humana. Por assim afirmar, há dependência, interdependência ou independência entre referidas expressões?

Carvalho Ramos revela que o termo “direitos humanos” deve ser empregado com muita cautela nos textos jurídicos. Isso porque traduz *um bis in idem* porque o título aquisitivo desses direitos é a existência do ser humano (2001, p.27-28). Da mesma forma aponta Gallardo (2006, p. 49) no sentido de que um dirigente campesino não tem direitos como dirigente nem como campesino, senão como ser humano e cidadão.

Ingo Sarlet aponta uma distinção entre estes, sob o argumento de que os direitos fundamentais se aplicam para os direitos do ser humano, reconhecidos e recepcionados na

esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Os direitos humanos, entretanto, guardam relação com os documentos da ordem internacional, independentemente de sua ligação com a ordem constitucional doméstica. (2001, p. 33).

De igual sorte, mais a frente, aponta o sentido atribuído aos direitos humanos (ou direitos humanos fundamentais) e direitos fundamentais, afirmando que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas expressões interrelacionadas, e da mesma forma pertencentes a esferas distintas de posituação. Os direitos fundamentais, entretanto, nascem e são afirmados pelas Constituições. (SARLET, 2001, p. 37).

Corroborando tal entendimento, a lição de Casalta Nabais, justificando que o fundamento não poderia deixar de ser a própria constituição, onde levanta a questão de se saber se cada dever fundamental tem de ter um específico suporte constitucional ou se pode reconduzir-se a uma cláusula geral capaz de suportar os deveres constitucionais ou os deveres extraconstitucionais (2004, p. 61).

Jorge Miranda, a seu turno, tem insistido que somente se apresenta os direitos fundamentais, quando há distinção – e até contraposição – entre o Estado, a pessoa, a autoridade e a liberdade, e, portanto, submetem-se a realidades que condicionam, que interferem e que podem ser postuladas reciprocamente. (2000, p.12).

A organização do Estado e os fins de sua habilitação conferem ao seu exercício de poder, de forma paradoxal, a sua própria limitação e, com tal perspectiva, o modo de enfrentar o conceito de pessoa, em seu ideal de liberdade, de necessidade, de busca e de anseio, ou no modo apropriado da relação jurídica, segundo a sua pretensão individual, a organização coletiva, os direitos e deveres da pessoa, frente a sua posição perante a sociedade, e o faz, logicamente seguindo uma ordem de valores, a par dos direitos fundamentais, seguindo uma classificação.

Segue sendo bem recebida quatro distinções quanto ao alcance dos direitos das pessoas, que podem ser reconhecidos através de quatro sentidos de formação. (MIRANDA, 2000, p. 13).

A *primeira* delas refere-se à distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, que pode ser buscada na maneira de encarar a pessoa na antiguidade e a maneira de assim proceder a partir do Cristianismo, que correspondem, respectivamente, à participação na vida da cidade e, para os modernos, a realização da vida pessoal. (MIRANDA, 2000, p. 14).

Em outras palavras, nos termos que advém da tarefa histórica, quanto ao alcance da expressão direitos das pessoas – no caso, firmados a partir da compreensão e da correspondência destes com os direitos fundamentais – as quais, em um contexto amplo, e, para utilizar a expressão célebre de Benjamin Constant que, em 1819, pronunciou em seu discurso no Ateneu de Parigi, referindo-se à democracia republicana (liberdade dos modernos) e à democracia igualitária (liberdade dos antigos), atentam para uma questão fundamental: cada época tem suas próprias exigências, razão pela qual, faz-se necessário tomar a liberdade dos antigos separada da liberdade dos modernos e, neste viés, a atualidade do tema pode ser examinada a partir da compreensão de que, na soberania popular, antigo era um princípio de liberdade, hoje é uma garantia. (PECORA, 2004, p. 7-9).

A *segunda distinção*, conforme anuncia Miranda, é encontrada na tutela dos direitos próprios da Idade Média e do Estado estamental e à tutela dos direitos da Idade Média e do Estado moderno ou do Estado constitucional, e têm nos direitos – tanto os privilégios, imunidades, regalias e categorias – como nos direitos comuns ou universais, os direitos do homem e do cidadão. (2000, p. 14).

A *terceira distinção* se dá entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, a mesma tarefa que pode ser encontrada no Estado liberal e no Estado social, pelos chamados direitos naturais, direitos fundamentais ou Direitos Humanos. Tais direitos, no dizer de Norberto Bobbio não são mais do que as várias formas de liberdade pessoal, civil e política, assentadas nas Constituições dos Estados, desde o final do Século XVIII até a atualidade e que foram reconfirmadas depois da segunda Guerra Mundial em documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) segundo a matriz kantiana de que o ideal de um Estado no qual todos os cidadãos gozam de uma igual liberdade, isto é, são igualmente livres, ou iguais nos direitos da liberdade (BOBBIO, 1996, p. 41).

A *quarta* e última refere-se à proteção interna e a proteção internacional dos direitos do homem, sendo que, há cinquenta anos passados, os direitos fundamentais, somente poderiam ser concebidos contra, diante ou através do Estado, e somente através do Estado seriam assegurados. Atualmente também podem ser assegurados por instâncias internacionais. (MIRANDA, 2000, p. 14-15).

Tendo apresentado dentre as quatro formas sustentadoras da matriz teórica dos DDHH, quais sejam, a concepção histórica de direitos do homem – sujeito histórico; depois

direitos da pessoa, justificadora de um grau de dignidade humana; e, na situação do Brasil, após o advento da CRFB/1988, voltado para a noção de cidadania, ligada ao homem ser-cidadão; e, por último, objeto desta pesquisa, a promoção do homem fraterno e o estabelecimento deste ser “outramente”, e aqui convém a referência: Expressão utilizada por Paul Ricoeur (2008) e Alain Touraine (2009), para referir e tratar o Outro, na concepção de relação entre o eu (o Ser) com o outro, isto é, seguindo o discurso interpretativo de Touraine “o sujeito só pode formar-se caso ele igualmente aprende a reconhecer os outros e suas diferenças” (2009, p.201). Ou, ainda, nos moldes Ricoeuriano o neologismo “outramente” foi adotado para traduzir o *autrement* de Lévinas, conforme consta da obra de Ricoeur (Advertência, 2008), “o si-mesmo como outro” (2008, p. 9).

Os DDHH em sua tarefa formadora dão conta de pertencimento ao espaço do homem, para os quais à sociedade convém certificar o modelo de direitos humanos que o sistema produz. É útil repensar novos pontos para a discussão sobre uma teoria geral dos DDHH que ultrapasse os limites fornecidos pelas diversas teorias de sua iniciação e, posterior constituição dos direitos, políticos, sociais e culturais de todos os seres humanos, reconhecidos como seres livres e iguais, que bem pode ser traduzida pela teoria da instrumentalidade e que esteja voltada para o exame das condutas de cada um e das situações sociais que permeiam (re)conhecimento.

Mais recentemente, incorporam-se a esses estudos as vertentes relativas aos seus novos fundamentos, sendo que, referidos direitos passaram a ter outros escopos, relativos aos seus valores fundantes, notadamente os estudos realizados depois da segunda metade do século XIX, na Alemanha e, no século XX, decorrente dos acontecimentos históricos dos seis continentes – o Africano, o Europeu, o Americano, o Asiático, a Oceania e a Antártida.

A formação dos DDHH, cuja tarefa precípua, tem a função de examinar os seus princípios sustentadores, certos de sua missão de corresponder à instrumentalidade e à efetividade, cujo exemplo destaca-se a Declaração do Milênio das Nações Unidas (BRASIL, 2009g), assinada durante a Cúpula do Milênio (09/2000, ONU, Nova York), representativa dos instrumentos de DDHH, consolidada em seus objetivos de nº. 1 ao nº. 8, que geraram as 12 metas assumidas pelos 191 Estados Membros da ONU<sup>25</sup>. (BRASIL, 2009).

---

<sup>25</sup> Estes documentos podem ser encontrados em <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/1/objetivos.htm> Acesso em 11 jun.2009; também, Disponível em: <http://www.odmbrasil.org.br/odm.php> Acesso em 11 jun. 2009.



Por certo há ainda uma tarefa preponderante – que é a de converter o seu caráter de correspondência com a teoria geral dos Direitos – independentemente da classificação que possa decorrer - sinalizadora de direitos individuais, e a qual há de acrescer a cartilha da teoria geral dos direitos dos povos, representativa de um Direito Mundial conforme dá conta Delmas-Marty, denunciador de três desafios – as desigualdades econômicas crescentes em contato com a universalização dos direitos humanos; a desordem normativa; e, por último, os valores democráticos que não restam garantidos pelo funcionamento das instituições internacionais (MIREILLE, 2003). Ou, então, um direito comum, acessível a todos, um “direito dos direitos”, um “modelo comum” a ser seguido. (MIREILLE, prefácio, 2004).

A questão se nos apresenta para um problema mais amplo, de natureza ético-transcendental que põe em discussão o juridicamente racional, passível de ser concebido um conjunto ordenado do que vem a ser a fundamentalidade dos Direitos Humanos.

Nas atuais circunstâncias históricas, cumpre investigar - se referidos direitos são representativos de um valor inerente à natureza humana, ou, ao contrário, uma mera ilusão Kelseniana conforme consta da Teoria Pura do Direito (1976); se o sentido dos DDHH constituir um valor ético-transcendental, próprio de nossa humanidade, ou ao contrário trata-se de questão afeita ao tema do juridicamente racional, então haver-se-á de responder se cabe ao Direito persegui-la como seu ideal e sobre que eixo esta aproximação – e não união - há de se dar; ou, conforme defendido por Maurice Cranston, *apud* Michel Rosenfeld, se “os direitos humanos econômicos e sociais são filosófica e politicamente incoerentes, na medida em que eles não podem impor autênticas obrigações coercitivas e contínuas aos Estados”. (2003, p. 50).

Por certo que, na contemporaneidade, os DDHH são sinalizadores dos novos tempos de configuração em torno de sua organização e ordenamento jurídico. Cabe aqui uma observação, no sentido de que, tal qual o legado de Bobbio (1994, p. 19), a palavra “direito”, em seus vários sentidos, tem o de “ordenamento jurídico”. Há ainda, um outro aspecto, a constatação de que um conjunto de normas ditadas para ter vigência sobre determinada sociedade, ainda que, juridicamente ordenada em Estado, não terá necessariamente o mesmo ordenamento jurídico. (VENOSA, 2005, p. 99).

Disto são representativos, os vários sistemas (ou famílias)<sup>26</sup>, que detêm raízes

---

<sup>26</sup> Jorge Miranda reconhece a classificação através do critério de “famílias constitucionais” apontando quatro grandes famílias a saber: a norte americana, a francesa, a inglesa e a soviética. (2003, p. 111).

comuns, quer de cunho culturais (a moral judaico-cristã e o universalismo dos iluministas), ou jurídicas (a tradição de *jus commune*, advinda do direito romano, do direito canônico e da *lex mercatoria*, qual seja, dos direitos dos mercadores, que se aplicou da idade média aos tempos modernos em todos os continentes, para longe das tradições reconhecidas (MIREILLE, 2003, p. 105-106) e, ainda, os dois grandes sistemas, o *common law*, de origem inglesa; e o *civil law*, ou romano germânico, conforme restou difundido no Brasil, que decorre das universidades latinas e germânicas, e os demais sistemas, conforme aponta Delmas-Marty que comporiam os direitos socialistas, o sistema soviético, por exemplo, e ainda o consuetudinário, ou os sistemas jurídicos mais distantes, como o direito chinês, o muçulmano, o sistema dos países islâmicos, entre eles o Egito, Irã, o Senegal ou Tunísia (2003, p. 105-112) e o hindu, quais sejam, os Direitos do Extremo-Oriente, África e Madagascar. (DAVID, 1998, p. 17-22).

Com isto não se pretende neste trabalho afirmar que a recepção dos Direitos Humanos coincida com a garantia do poder legal firmado pelo Estado, quer contra, diante ou a favor do Estado, quer no espaço doméstico ou alienígena. A lei em tese, representativa da norma jurídica, sozinha não pode dar conta de ser a única representação dos DDHH.

Corroborando, não é a garantia, o único espaço possível a integrar o conceito da norma. Se esta não corresponde ao conceito da norma, se a garantia não for admitida, ou não puder agir, é o seu grau de observância, que há de gerar a efetividade necessária ao serviço da norma. Se a garantia afeta a norma, quer contra, diante ou através dela, referida compreensão também afeta os DDHH, notadamente em seu grau de efetividade.

O que assim é dito aplica-se às normas traduzidas em sua constitucionalidade e à sua garantia, quer por ação, omissão ou poder dito político, ou, sendo inconstitucional, corresponde a expectativa da garantia constitucional, o que significa a prevalência da norma constitucional e não qualquer decisão do poder, sendo, pois da regra da constitucionalidade a garantia da constituição como um todo, projetando os seus efeitos no contexto global, doméstico e internacional. Dependendo a integridade da lei fundamental e os DDHH, do cumprimento ou do não cumprimento das normas constitucionais.

Há um esclarecimento a ser firmado. Não se está aqui a (re)afirmar, que os DDHH depende da exata correspondência da garantia da constitucionalidade e, nem tão pouco da sua

não garantia, qual seja, a concepção Benthamiana<sup>27</sup> no sentido de que a gênese dos direitos se encontram somente na atuação de um legislador e não nos direitos naturais<sup>28</sup>, por pressupor a existência natural de homens fora de um corpo político. (MARTINS, 2006, p. 95).

Na esteira de tal discussão, é a partir da ligação que decorre da garantia com a norma, que se pode começar a compreender e planejar o estatuto da norma jurídica. Sem o estabelecimento da observância (em maior ou menor grau) da norma jurídica, paradoxalmente, inexistente efetividade, e assim não tem razão de ser da norma. Com isto a norma pode não ser observada, mas a sua garantia detém um traço tal de indispensabilidade de forma a lhe imprimir poder e um alcance ao círculo de sua eficácia.

Assim, “garantia postula coordenação de normas” (MIRANDA, 2005, p. 46), ou, em outras palavras, é no conjunto do conteúdo e do sentido das normas que se encontra a melhor tradução para a garantia de uma norma de forma. A efetividade de uma norma, ou a sua não efetividade, abalam a sua garantia e, da mesma forma, isto pode ser estendido aos DDHH.

Também não se busca traduzir a afirmação da ética das virtudes, contrapondo-se à ética das regras de que nos remete Alasdair MacIntyre (1929- ), para quem não existem direitos humanos e “crer neles é como crer em bruxas ou unicórnios” (p. 2001, p. 189). Desta maneira, este trabalho desconsidera eventuais propostas, quer quanto a discussões no sentido de inexistência dos DDHH, quer quanto a impossibilidade de sua fundamentação, menosprezando, por assim dizer, o discurso de falsa acusação de que tais direitos não passam de uma espirituosa invenção.

De mais a mais, ainda que os Direitos chamados Direitos Fundamentais do Homem apresentem-se positivados em constituições, pactos e declarações, o fato de constarem de forma expressa – e, por assim dizer, “restarem recepcionados” nos ordenamentos dos povos – ainda assim, por mais que sejam acentuadas a eficácia histórica de sua rota, os DDHH sozinhos aparentam padecer de insuficiência teórica a pretender justificar o seu reconhecimento, o seu cumprimento, a sua proteção e a sua (re)afirmação. Daí a importância de se ligarem a outras normas e, assim, formarem um sistema normativo (BOBBIO, 2004).

---

<sup>27</sup> Jeremy Bentham (1748-1832), (MARTINS, 2006 p. 94-96).

<sup>28</sup> A respeito dos direitos naturais, cabe aqui igualmente uma curiosa preleção conforme anotado por Pecora, jurista italiano, profundo estudioso de Bobbio, o qual propõe, a respeito dos direitos naturais, se estes não seriam uma invenção(?). A sua conclusão é no sentido de discordar quanto a referida invenção. (2004, p. 17-18).

Ora, alguns direitos particulares se justificam pela própria vontade da autoridade daqueles que os instituíram, enquanto que, direitos que se pretendem universais, e válidos para todo o gênero humano, estão a impor outra fundamentação, sem, com isto, desprezar a necessidade de serem positivados. Entretanto, não é suficiente estar fundados na pura norma. Se assim se apresentasse, a sua certificação restaria justificada pela autoridade normatizadora. Foi assim que Hobbes, Kelsen e os positivistas em geral informaram a resolução do problema, mas não o passaporte de sua universalidade. (CULLETON, 2007, p.57)

De igual sorte, a pessoa humana, seus costumes, culturas e instituições certamente moldaram as primeiras leis e as que se seguiram, inclusive as da atualidade continuam sendo fruto da relação humano-histórica.

Bobbio confirma a conclusão quando anota que os direitos do homem são direitos históricos, nascidos gradualmente, não todos de uma vez e nem de uma vez por todos. (2004, p. 25). Portanto, é representativo o exame de sua tradução histórica, “apontando para as possibilidades de ruptura e reconstrução dos espaços e práticas humanitárias” na tarefa do “Estado enquanto instituição da Modernidade” (MORAIS, 2004, p. 120).

Desta maneira, fiel a matriz teórica deste estudo, a análise dos DDHH se afirma em torno de três construtos<sup>29</sup> – os direitos naturais se entregam aos aspectos históricos, conferindo-lhes caráter de direitos históricos; os DDHH nascem com a Idade Moderna, paradoxalmente com a concepção individualista da sociedade, como meio de oposição aos horrores da Guerra; e, principalmente, o objetivo deste, como aporte de enfrentamento à concepção individualista da sociedade, razão pela qual, referidos direitos serve de sustentáculo aos indicativos do progresso histórico humano, razão porque, a análise deste, se faz na perspectiva do Direito Fraternal.

No momento hodierno, não há somente direitos humanos em face do Estado. Há também direitos reclamáveis e produzidos pela pessoa no contexto de grupos sociais e das estruturas econômicas, e, igualmente, direitos reclamáveis e produzidos por grupos humanos e nações da comunidade universal, em prol da pessoa humana. (HERKENHOFF, 2002, p. 54) e direitos que clamam proteção e afirmação, razão pela qual é imperiosa a distinção dos DDHH

---

<sup>29</sup> Conforme já mencionado - em nota anterior, mas convem o destaque, pela pertinência - Norberto Bobbio (2004, p. 22), apresenta sua concepção em torno dos Direitos Humanos, a partir de três aspectos: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico.

e dos Direitos Fundamentais<sup>30</sup>.

Por último, nos termos em que anunciados na introdução deste, cabe examinar a terceira tese de Bobbio (2004, p.22), no sentido de que, os Direitos Humanos são traduzidos nos principais indicadores do progresso histórico - retomaremos ao tema na última parte deste trabalho - mas aqui convém um breve esclarecimento. No pano de fundo desta discussão está presente a crítica do progresso e do desenvolvimento, porque tais expressões (“indicadores” e “progresso histórico”) guardam compreensões de cunho político-ideológicos, e, bem por isto, na adoção dos clássicos, tem a ver com a conquista e o exercício do poder: enquanto uma compreende o avanço do pacifismo social (governabilidade), a outra, encerra a concepção da governança democrática.

Galhardo (1997, p.43), acerca do terceiro ponto de Bobbio, elenca os seguintes “indicadores do progresso histórico”: a) fase filosófica (individualista); b) fase constitucional-nacional (Declarações dos Estados Unidos e da França); c) Declaração e Pactos entre Estados (Nações Unidas, 1948-1966) e conclui que se trata de ritos culturais ou políticos (acordos entre Estados).

Do pouco que foi dito quanto a esta terceira tese é importante consignar (ainda que ao longo do estudo o tema será objeto de novas abordagens), que os indicadores do progresso, a que alude Bobbio (2004, p. 22), referem-se à contínua e sucessiva luta – utilizada aqui também no sentido de tensão – que decorrem da defesa e das conquistas de novas liberdades, e também, de novos direitos, que não cansam de despontar na saga da história humana, em um processo, que a doutrina, os denomina de direitos que são ditos históricos (BOBBIO, 2004), ou “paradigmas de novos direitos” (HABERMAS, 2004), ou direitos que são tecidos no condão da relação da fraternidade (RESTA, 2004), ou direitos que se assentam na norma fundamental (KELSEN, 1973) e, nesta tarefa sem fim da ciência, direitos que são ditos direitos. Por isto, o subcapítulo seguinte propõe examinar a dignidade humana, com a proposta de repensá-la sob o papel e a função emancipadora do processo histórico (ainda que provável e discutível).

---

<sup>30</sup> A distinção entre DDHH e os Direitos Fundamentais, em breve síntese, e já exposta ao longo deste subcapítulo, dão conta de que os Direitos Fundamentais pertencem à seara da recepção positivista, enquanto que os Direitos Humanos ocupam os indicadores internacionais, incluindo os documentos de ampla jurisdição e ordem internacional. Um e outro se completam, mas, via de regra, ocupam o espaço de dependência, interdependência e até independência - a mercê do dado de experiência e da humanidade e do processo de humanização a realizar. É de se lembrar, não raro a relação processual é conflitiva (tanto na esfera doméstica, como internacional). A não ser assim, dificilmente teria ocupado dito espaço.

### **2.1.1 O Desdobramento dos Direitos Humanos: por uma tradução histórico-emancipadora da dignidade humana**

O conteúdo e o significado de um conceito, qualquer ele, passa necessariamente pela retomada de sua história, evolução, sentido e reconhecimento. Portanto, cumpre ressaltar que o significado pertencente à dignidade humana encontra raízes no pensamento clássico e no ideário cristão, por mais que disto se possa não concordar. (SARLET, 2006, p. 212).

O pluralismo cultural sustenta que os direitos do homem não são uma descoberta do ocidente, e que devido a dignidade humana ser transcultural, pode-se encontrar tal compreensão no Alcorão ou também na cultura africana tradicional. (Goyard-Fabre, 1994, p. 25). Este estudo, entretanto, não há de abordar a questão deste ângulo, limitando-se a fazê-lo pelo viés da formação do ocidente e com a certeza de que, conforme observa Martínez (2003, p. 66) a dignidade na modernidade e também no Século XXI desponta em um contexto intelectual que a arranca do trânsito da modernidade, indo situar-se no processo de humanização e de racionalização que acompanham a pessoa e a dignidade da sociedade a uma organização que contribui para o desenvolvimento das dimensões dessa dignidade. A dignidade da pessoa e da humanidade são dois aspectos de uma mesma mentalidade, quer do antropocentrismo, quer da laicidade. É com este intento que se começa a analisar os aportes históricos que remontam à formação da dignidade humana.

De pronto, antes de ilustrar os registros – ditos formadores-históricos – faz-se importante considerar que a concepção da dignidade resulta do reconhecimento da máxima hegeliana de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas. (SARLET, 2006, p. 215). Também, merece igual destaque, a tradução de que o homem em sua dignidade é a única instância de legitimação, rota da unidade religiosa que aparece nas origens da época moderna, razão pela qual a dignidade não é somente do homem enquanto centro do mundo, senão centra-se no mundo, e de onde desponta a dimensão da laicidade. (MARTÍNEZ, 2003, p. 38) e, na atualidade, a despeito de sua condição de referente a dignidade usufrui de sustentáculo para o pensamento moral, político e jurídico de onde decorre a condição de princípio.

O rompimento da oralidade e a introdução da escrita, representada pelos documentos produzidos na Antiguidade, são aqui citados como representativos dos Direitos Humanos - mas não a única matriz histórica - tais como, o Código de Hamurabi (Babilônia, século XVIII antes de Cristo), no pensamento de Amenófis IV (Egito, século XIV a. C), na filosofia de Mêncio (China, século IV a. C), na República de Platão (Grécia, século IV a. C.), no Direito Romano e, da mesma forma em inúmeras civilizações e culturas ancestrais, de que são exemplos, as religiões e os sistemas filosóficos da humanidade, dentre as quais são exemplos como o Cristianismo, o Judaísmo, o Islamismo, o Budismo, o Taoísmo, o Confucionismo, o Marxismo, as tradições religiosas e filosóficas dos povos indígenas da América Latina e a religião e tradições afro-brasileiras. (HERKENHOFF, 2002, p. 23-47).

Interessante é a observação de Fábio Comparato quanto ao período VIII e II a. C., que é referido por “período axial”, representativo do eixo histórico da humanidade, onde coexistiram, sem se comunicarem, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índica, Lao Tse e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaiás em Israel, os quais foram responsáveis, cada um a seu modo, por apresentar ideias e princípios próprios de fundamental importância para a história humana. (1999, p. 8-9).

O Século V a. C. produziu na Ásia e na Grécia o nascimento da Filosofia, significativa que é na figura de substituição do “saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão” e, da mesma forma, em Atenas tem-se o surgimento da tragédia<sup>31</sup> e da democracia, de onde sobressaem a ideia de povo em detrimento da religiosidade tradicional. Se Inexistir justificativa ética para a organização humana superior ao povo, o homem passa a ser objeto de análise e de reflexão. (COMPARATO, 1999, p. 9)

Todos estes fatos não atuaram sozinhos, e de modo algum não têm o condão de excluir a importante contribuição de culturas antigas na criação da ideia de Direitos Humanos. Cidades como Atenas, Roma, China, Grécia e muitas outras, certamente produziram uma mistura de cultura e de relações econômicas e políticas que gozam de importância para a formação dos DDHH.

Conforme discorre Comparato (1999, p. 12), a ideia de igualdade essencial entre todos os homens despontou no período axial. Passados 25 séculos, a primeira organização

---

<sup>31</sup> A tragédia grega, séculos antes da psicanálise, foi responsável pela introspecção da alma humana. (COMPARATO, 1999, p. 9).

internacional que uniu a quase totalidade dos povos da terra, finalmente proclamou, através da DUDH (1948) (BRASIL, 2009j), que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

O conceito de pessoa humana, essencial na sustentação dos Direitos Humanos, qual seja, a concepção de indivíduos e de grupos de homens que a todos engloba é recente na saga humana, conforme alerta Fábio Comparato (1999, p. 11-12), de tal forma que até o surgimento do período axial, os integrantes de determinado grupo eram considerados homens, os estranhos ao grupo deteriam outra denominação, de forma a indicar que são indivíduos de uma espécie animal diferente. Assim, no período axial<sup>32</sup>, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão. É a partir daí que nasce a compreensão da pessoa humana, e, conseqüentemente, são firmados os primeiros pilares de direitos universais, porque a ela são inerentes.

Dos documentos que antecederam as declarações de direitos das revoluções francesa e americana, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (BRASIL, 2009j); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (BRASIL, 2009i); Declaração de Independência dos Estados Americanos de 1776 (BRASIL, 2009h), podem ser citados, na Península Ibérica, a Declaração da Corte de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra, a Magna Charta de 1215, representativa de primeiro freio de poder dos reis. Mais tarde, a Petição de Direitos de 1628, a Lei de Habeas Corpus de 1679, a Declaração de Direitos – “Bill of Rigts”, de 1689, e a Declaração de Direitos da Virgínia, 1776 (COMPARATO, 1999, p. 44). Todos estes documentos são representativos do tema da legalidade tomada esta em seu sentido *strito senso*, e são referidos na tônica de justificar a limitação do poder, porquanto correspondem ao sinal adequado de proteção dos Direitos Humanos.

Sobre tais documentos, Herkenhoff anota que a Inglaterra deu início ao constitucionalismo, quando em 1215 impôs ao Rei João Sem Terra a Magna Charta, desencadeando o primeiro freio limitador de poder dos reis. O passo seguinte, a Lei de Habeas Corpus (1679) bastaria para assegurar à Inglaterra um posto de destaque na História do Direito (2002, p. 48). De um lado, com a Magna Charta fez-se, inicialmente, a recepção da

---

<sup>32</sup> Período Axial, segundo anota Konder Comparato (1999, p. 8), numa alusão a Karl Jaspers, o curso da História pode ser dividido em duas etapas. O período compreendido entre os Séculos VIII e II a. C., formador do eixo histórico da humanidade, foi chamado de período axial.



legalidade, e, de outro, com o Habeas Corpus<sup>33</sup> fez-se representativo o princípio da liberdade.

Cabe aqui uma ressalva. Na reflexão de Bobbio, nos direitos humanos está assentado o valor da igualdade, e, também, o da liberdade - ambos pertencentes à consideração do homem como pessoa. (1996, Prefácio). Se de um lado, a legalidade é de importância ímpar para a proteção dos DDHH, da mesma forma a liberdade cuida de sua concretização (estado) e a igualdade<sup>34</sup> a sua promoção (relação).

O século XVIII propõe anunciar o iluminismo e este vem carregado com as sementes das lutas religiosas, especialmente dos séculos XVI e XVII, e introduz uma nova concepção no sentido de que o direito divino dos reis não coaduna com a liberdade de opinião religiosa ou política. Esses questionamentos serão estendidos para a ciência. Há ampliação do conhecimento científico. Assim a verdade que se propõe anunciada, tem o pé na ciência e não simplesmente na valia religiosa. Cabe a esse homem observar por si mesmo a natureza, auxiliado pela ciência e não somente guiado pela religião.

---

<sup>33</sup> No Brasil, o primeiro *Habeas Corpus* da Corte foi impetrado em 1870, por um preso acusado de ser depositário infiel. De lá para os dias atuais, o instrumento ainda permanece com largo prestígio, tanto que, no dia 17 de julho de 2009, o STF estampou em seu portal, a chegada neste mesmo dia do HC 100.000. O pedido foi ajuizado em favor de Amarante Oliveira de Jesus, preso em regime fechado há mais de 21 anos na penitenciária de Lucélia (SP). Outro aspecto que merece relevância é o fato de que, desde a sua origem, tem por fito garantir um direito fundamental (a liberdade de locomoção), estando previsto no artigo 5º, LXVIII da Carta Política brasileira. O HC goza de particularidades: decorre de processo gratuito – isenção de custas judiciais; não precisa ser redigido e ajuizado por advogados, o que dispensa as formalidades legais. Conforme a Assessoria de Gestão Estratégica do STF, o Habeas Corpus é o processo criminal mais expressivo na Corte Suprema - perto de três mil pedidos. Em 2008, foram 3.648 pedidos de HC propostos perante o STF, e julgados 5.446 – em razão dos excedentes. Até 06/2009, chegaram à Corte 2.263 HCs e julgados 3.167, com 116 liminares concedidas e 235 ordens definitivas de Habeas Corpus. (BRASIL, 2009)

<sup>34</sup> A respeito da Igualdade e da liberdade, nos moldes conforme introduzido na DUDH, é digna de nota, a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF, firmada na Alemanha, em novembro de 2008, no sentido de que estes princípios dependem da permanente jurisdição constitucional. Notadamente sobre o fundamento da igualdade na cena contemporânea, o Ministro utilizou-se do exemplo da questão da constitucionalidade de ações afirmativas, onde para compensar desigualdades, o fundamento histórico entre grupos populacionais étnicos e sociais no interesse da justiça social requer uma redefinição da igualdade como valor. E afirmou que é preciso questionar, até que ponto, em sociedades pluralistas, a preservação do *status quo* não acaba desaguando na perpetuação dessas desigualdades. O conceito clássico-liberal da igualdade, como valor puramente formal, está superado há muito tempo em virtude de seu potencial para legitimar a preservação de situações de injustiça. O objetivo de proporcionar uma igualdade real verdadeira sempre precisa levar em conta a necessidade de respeitar os outros valores da Constituição”. A solução de tais problemas não está na importação, sem crítica, de modelos desenvolvidos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas, completamente diversas das presentes em nossa realidade brasileira. A solução reside, isto sim, na interpretação do texto constitucional na medida das peculiaridades históricas e culturais da sociedade brasileira. O Brasil se move no sentido de um modelo próprio de ações positivas com objetivo da inclusão social, considerando as particularidades culturais e sociais de sua sociedade que vêm impedindo o acesso do indivíduo a bens fundamentais, como a educação, a cultura o trabalho. Entretanto, o modelo de ações positivas a ser escolhido não deve levar em conta tão somente a raça ou a cor da pele do indivíduo, mas sim a sua situação cultural, econômica e social. (BRASIL, 2010).

Há ainda um recorte importante a ser considerado sob o surgimento do conceito de pessoa, posto que, a partir da Idade Média, a essencialidade da pessoa, sofreu uma nova concepção, que é significativa para a definição do que atualmente pode-se afirmar sobre a pessoa humana e, como esta auxilia a configuração dos DDHH. Entretanto, de nada adianta um recorte do que já foi anteriormente construído. Por isto, aponta-se uma breve síntese do conceito de pessoa, eis que de particular interesse para a formação histórica e conceitual dos Direitos Humanos.

A discussão inicial sobre a pessoa tem lugar no primeiro concílio ecumênico, reunido em Nicéia em 325 e que aconteceu entre os doutores da Igreja, no qual se discutiu sobre Jesus Cristo e não sobre o ser humano e restou dirimido em torno da eleição de um dogma – a natureza humana e divina, numa única pessoa. (COMPARATO, 1999, p.18-19).

Em sua segunda fase, no Século VI, a elaboração do conceito de pessoa ressurgiu com Boécio, decorrente da rediscussão do dogma de Nicéia, onde foi “proclamada pessoa a substância individual da natureza racional” e mais tarde adotada por Santo Tomás na *Summa Theologiae*, qual seja, um composto de substância espiritual e corporal. (COMPARATO, 1999, p. 19-20).

A formulação de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados pelo fato de serem titulares de humanidade, nasce vinculada a lei escrita – que é regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade (COMPARATO, 2009, p. 12).

Digno de nota é o postulado kantiano (2002, p. 43) no sentido de que é o ser racional que possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios – só um ser racional tem vontade, que é uma razão, a razão prática.

É exatamente neste ponto que é elaborado o princípio da igualdade essencial de todo ser humano que é a base fundamental dos Direitos Humanos. Sem ele, tais direitos poderiam ser localizados fora do ser e a mercê de tratamento político e recepção normativa. O que não condiz com o seu verdadeiro sentido e princípio essencial – o ser humano, em sua dignidade requer proteção normativa e condução política, mas não pode restar a mercê exclusiva de tais poderes, ou se está, que este decorra de sucessivos (re)ajustes, onde a razão apareça menos como fundamento filosófico do que instrumentalizadora de justificação, em prol de uma cidadania da sociedade civil mundial conforme anuncia Delmas-Marty (2003).

Não é por acaso que, muitos países brindam os seus cidadãos com a proteção de

leis representativas dos Direitos Humanos, outros há, a mercê de pertencerem a uma nação cujo grau de estabelecimento em suas relações jurídico-normativas, não valoram o reconhecimento dos direitos humanos<sup>35</sup>. Neste estado de coisas, é preciso enaltecer que a possibilidade da jurisdição internacional, de cuja influência tem-se um bom exemplo o Pacto de São José de Costa Rica (BRASIL, 2009k), influencia a tutela jurisdicional doméstica.

Ocorre, por mais falha e insatisfatória que se apresenta a recepção dos DDHH, referida recepção, tal qual os oásis de que nos remete Hannah Arendt (2009c), representa um lugar para respirar, ou um convite à intangibilidade do que se pode fazer e criar, recepcionar e reconhecer, simbólica da proteção que se busca.

Disto decorre a importância de um “direito comum” de que nos alerta Delmas-Marty através de sua recomposição de uma paisagem em ordem – um pouco dela para nos proteger da desordem (2004, p.3). Ora, na sua reflexão, recorrem-se aos marcos para traçar os limites que não se devem transpor (idem, ibidem) e, então, estabelecer um direito acessível a todos, comum aos diversos setores e Estados, um direito dos direitos (2004).

A terceira fase na elaboração do conceito de pessoa, vamos encontrá-la em Immanuel Kant. Só o ser possui a faculdade de agir a partir da representação de leis ou princípios (KANT, 2002); só um ser tem vontade, denominada razão prática que se formula por meio de imperativo categórico (KANT, 2005) e, principalmente, o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio (KANT, 2002). De onde decorre a máxima kantiana de que todo homem tem dignidade e não um preço como ocorre com as coisas.

A quarta etapa na compreensão da pessoa consiste em reconhecer “que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas”. Referido grau de compreensão irá modificar a teoria jurídica, fazendo com que os Direitos Humanos sejam guindados aos valores mais importantes da convivência humana, sem os quais a sociedade poderá vir a sofrer desagregação. (COMPARATO, 1999, p. 26).

A última etapa do conceito de pessoa restou consagrada com a filosofia de vida e o pensamento existencialista por meio do qual, restou acentuado o caráter único, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. O homem é reconhecidamente um ser único, de

---

<sup>35</sup> Digno de nota é a promulgação da EC 45/2004 (BRASIL, 2009b), a par da federalização da matéria pertinente a inclusão no art. 109 da CRFB/1988 do inciso V-A e um § 5º (BRASIL, 2009a), ao traduzir a competência da Justiça Federal para processar e julgar a matéria afeita aos DDHH.

onde decorre a dignidade humana.

De outro norte, Silva Filho aponta três aspectos para o conceito de pessoa: a biológica, a filosófica e a jurídica. O enfoque biologicista vê na pessoa um indivíduo da espécie humana e que definem o homem a partir de aspectos inatos, de um ser existencial, a partir de um contexto histórico e cultural. A perspectiva filosófica traduz várias tendências comportadoras do racionalismo kantiano e do pensamento existencialista. O enfoque jurídico refere à pessoa, ao sujeito de direito e a capacidade jurídica e com o constitucionalismo tem lugar à (re)personalização, objetivando tornar a Constituição algo mais que o Estatuto do Estado, onde a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana tem lugar de destaque. (2005, p. 117-133).

O século XX ainda protagonizou uma nova compreensão para esta tal unicidade humana. Um bom exemplo vem da Biologia e resta plasmada pelo caráter relacional da vida, no inter-relacionamento decorrente do sujeito-objeto-ambiente-sociedade. Graças ao legado autopoietico<sup>36</sup>, rompe-se com a tradição segundo a qual a conservação e a evolução da espécie seriam condicionadas basicamente pelos fatores ambientais e/ou autodeterminantes, ou mesmo decorrente do fazer presente de determinadas moléculas, quando se sabe hoje que a definição da vida decorre de “uma rede de processos metabólicos autogeradores”, e para os quais, a marca autopoietica na esfera biológica encerra uma fidelidade e uma estabilidade impressionantes. (CAPRA, 2003, p. 80).

A compreensão autopoietica<sup>37</sup> muda significativamente o conceito de vida, com resquícios no conceito de pessoa, que deixa de ter uma conotação puramente biológica, para ganhar a dimensão de troca (seleção) e de rede (evolução)<sup>38</sup>, e de comunicação.

---

<sup>36</sup> O modelo da autopoiese decorre da teoria biológica de dois grandes cientistas, Humberto Maturana e Francisco Varela, os quais, referem que a palavra deriva do grego *autos* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). (NEVES, 2006, p. 80).

<sup>37</sup> Falar de *autopoiese* é compreender que a vida é um sistema biológico que se permite pelo processo do conhecimento e pela dinâmica de sua organização. Mais que isto, impõe dizer que a vida pode ser contemplada a partir de um sistema que se autoduplica através de um padrão de relações entre estruturas e processos em uma rede organizativa cunhada com o selo autopoietico na esfera biológica. “A idéia de autopoiese surge como uma necessidade de pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é fechado nem aberto” (ROCHA, 2005, p.38)

<sup>38</sup> Muito significativa se apresenta a *Teoria de Santiago*, para a qual, a idéia central é a identificação da cognição, o processo de conhecimento, com o processo de viver. Segundo Maturana e Varela, a cognição é a atividade que garante a autogeração e a autoperpetuação das redes vivas. Em outras palavras, é o próprio processo da vida. A atividade organizadora dos sistemas vivos, em todos os níveis de vida, é uma atividade mental. As interações de um organismo vivo – vegetal, animal ou humano – com seu ambiente são interações cognitivas. Assim, a vida e a cognição tornam-se inseparavelmente ligadas. A mente - ou melhor, a atividade mental – é algo imanente à matéria, em todos os níveis de vida. CAPRA, 2003, p. 50.

Se mudar a perspectiva de compreensão da pessoa, é compreensível que tais efeitos também sejam percebidos na concepção da sociedade. Neste aspecto, a lição de John Locke<sup>39</sup> (1632-1704), merece destaque no sentido de que a concepção da sociedade não é individualista, mas orgânica (1997), qual seja, parte-se da compreensão que os indivíduos, a pessoa em sua dimensão política, há de ser percebida a partir de um coletivo organizado, razão pela qual, a importância do Estado na organização de direitos – merece singular importância. Para lá de sua aparência ingênua, a afirmação em comento, tem sua razão de ser.

Não é por acaso a constatação de que a DUDH (BRASIL, 2009j) dividiu em dois o curso histórico da humanidade, e isto tem correspondência com o esforço político da questão. Cada vez mais, para utilizar a matriz teórica de Bobbio (2004, p. 226)<sup>40</sup>, as três correntes do pensamento político moderno se juntam – o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social, apesar de mantidas as suas particularidades, estão a originar um sistema complexo de direitos fundamentais, mas que representa uma meta a ser conquistada na unidade do gênero humano.

Portanto, há firme disposição de que o conceito de pessoa, ainda que não antecedente no construto histórico político dos povos, eis que há firme tradição a confirmar os deveres antes dos direitos – na atualidade os direitos têm ocupado cada vez mais espaço - razão porque não se pode afirmar o privilégio de um em face de outro, e que “representa uma meta a ser conquistada na auspiciada unidade do gênero humano” (BOBBIO, 2004, p. 226).

Ademais, há um ponto que merece destaque - sem garantia legal, os DDHH vão sempre depender de reconhecimento normativo, e, podem restar a mercê da virtude e da sabedoria<sup>41</sup> dos titulares do poder, que via de regra ocupam destaque na estrutura política<sup>42</sup>, ao invés da limitação de poder pela lei.

De qualquer forma, quanto a esta parte, o que há de importante para este estudo, é

---

<sup>39</sup> Os redatores do Texto de 1789 creditavam ser devedores de Locke. Porém, isto não é suficiente para ser este considerado o pai da Declaração de Direitos. (Goyard-Fabre, 1994, p. 31).

<sup>40</sup> A questão é registrada tal qual, também em outra obra de Bobbio (2007, p.201) – ver referências.

<sup>41</sup> Típico exemplo, resta representado pela justiça de Salomão e, também, Bertold Brecht, na peça “O círculo de Giz Caucasiano” onde o Juiz fanfarrão resolve o conflito pela guarda de uma criança decidindo a favor da mulher que dela bem cuidou, em detrimento da mãe que dela se afastou fugindo de uma revolução palaciana. Disponível em, [http://www.cecac.org.br/Coluna/Circulo\\_de\\_Giz\\_Caucasiano-SP.htm](http://www.cecac.org.br/Coluna/Circulo_de_Giz_Caucasiano-SP.htm) Acesso em 12 jun 2009y.

<sup>42</sup> É significativo o debate entre o teólogo e jurista Juan Gines de Sepúlveda e o Frei dominicano Bartolomé de Las Casas, que aconteceu em Valladolid, na Espanha, nos anos de 1550 e 1551, decorrente da ação violenta dos conquistadores espanhóis quanto aos índios, gerada pela discórdia de que estes seriam meio homens meio animais, portanto, inferiores. (SILVA FILHO, 2005, p. 116)

a compreensão de que os Direitos humanos na concepção contemporânea, nem sempre foram ditos “humanos”. Isto é, eles foram compreendidos e tratados como direitos do homem, em seu surgimento e somente mais tarde reconhecido como direitos humanos.

Desta maneira, na esfera jurídica, o conceito de pessoa na sua essencialidade de ser humano passa a usufruir de uma nova concepção, influenciada que foi por outras áreas da ciência<sup>43</sup>, cujo exemplo foi buscar nas leis naturais porque a personalidade do indivíduo tem sempre a referência do incompleto, do inacabado, eis que, nos novos tempos, conforme acentua Prigogine<sup>44</sup> “não há mais situações estáveis ou permanência que nos interessem, mas sim evoluções, crises e instabilidades” (1979. p.15).

Mais uma vez, a lição de Delmas-Marty propõe um alerta no sentido de não dissociar os Direitos Humanos dos direitos econômicos, apontando para a globalização econômica que marca a distinção entre o universalismo ligado aos valores de mercado (2003) – um ser humano consumidor e sujeito de Direitos Humanos Econômicos(?).

Ainda, “As leis da natureza adquirem, então, um significado novo: não tratam mais de certezas morais, mas sim de probabilidades” (PRIGOGINE, 1996. p. 159). Por isto, o (re)conhecimento desta última etapa na elaboração do conceito de pessoa humana, quer para a teoria jurídica e, especialmente para os DDHH, são de fundamental importância para conferir que “a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo” (COMPARATO, 1999, p. 31) e que, conjugada com o fundamento da evolução biológica e filosófica - como é exemplo a matriz kantiana - vão dar sustentação à teoria histórica e formadora dos DDHH.

A percepção de Kant de que a liberdade não bastaria assegurada pela adoção de regimes constitucionais nacionais impunha a seu ver a urgência em se estabelecer uma união entre as nações livres, de forma a preservar o princípio da autonomia de todos. (VIEIRA, 2002, p. 450).

Kant refere não a um Estado universal, mas a uma Federação, como se pretendesse afirmar que a adoção de um, e não de outro termo – justificaria o sentido que ainda hoje, mesmo tendo transcorrido perto de 215 anos de seu “Código de Paz Perpétua”, é comum nas democracias constitucionais contemporâneas, sob o manto de que a federação goza de supremacia e os Estados de autonomia. Portanto, na base do pensamento Kantiano

---

<sup>43</sup> Referida compreensão, em conjunto com a reflexão filosófica contemporânea tem salientado que o ser do homem é um vir-a-ser, um contínuo devir (COMPARATO, 1999, p. 28).

<sup>44</sup> Prêmio Nobel de Química, 1977.

destaca-se a busca por um mínimo necessário para garantir a liberdade e a autonomia dos povos e dos indivíduos e a supremacia representada pela paz (KANT, s/d), e esta regra requer seja buscada no pessoal, no local, e ser sentida no espaço universal<sup>45</sup>.

Pode-se afirmar o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem, essencialmente em duas direções: da universalização e na sua multiplicação e a decorrente transformação do direito das “gentes” em direito dos indivíduos, dos indivíduos singulares, os quais adquirem o direito de questionar o seu próprio Estado, e vão se transformando de um Estado particular, em cidadãos do mundo (BOBBIO, 1992, p.67-68).

Cabe aqui um recorte muito importante, que serve de fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem que ocorre com a ampliação das relações interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, e daí nascem os direitos públicos subjetivos, que vão dar identidade ao Estado de Direito, qual seja, no Estado despótico os indivíduos têm deveres, e não têm direitos; no Estado absoluto, os indivíduos gozam de direitos privados, enquanto que, no Estado de Direito, o indivíduo têm direitos privados e direitos públicos. (BOBBIO, 2004, p.78).

São representativos de referida fase e simbólicas do universalismo, as declarações de direitos da Revolução Francesa (1789) e da Revolução Norte-americana (1776), que depois paulatinamente vão sendo expandidas para outros povos, e que passaram para a história com a representatividade de dimensão social, de cuja contribuição pode ser citada a Revolução Mexicana que conduz à Constituição de 1917, que proclama os direitos do trabalhador, a Revolução Russa (1918) que conduz à declaração dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados e a Constituição de Weimar (1919) que apresenta os princípios da democracia social em face da ordem liberal do século XVIII. (HERKENHOFF, 2002, p. 49-50).

Por não bastar o Estado de Direito desponta o Estado Social de Direito, resultante da emergência do proletariado porquanto força política, dos quais são representativos os seguintes documentos: a Proclamação das Quatro Liberdades, de Roosevelt – a palavra e expressão, o culto, o não passar necessidade, e não sentir medo (1941); a Declaração das

---

<sup>45</sup> Em 1795 Kant anunciou que “os povos da terra ingressaram, em graus distintos, numa comunidade universal, que se desenvolveu a um ponto em que a violação de direitos em uma parte do mundo é sentida em outros lugares” (s/d., p. 107-108). Giddens corrobora o mesmo modelo de comunidade universal, de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas e vice-versa (1991, p. 69), de que, provavelmente o 11 de setembro (2001) é fiel exemplo.

Nações Unidas (Washington, 1942); a Conferência de Moscou (1943); a Conferência de Dumbarton Oaks (1944); a Conferência de São Francisco (1945) e, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (BRASIL, 2009j). (HERKENHOFF, 2002, p. 51).

Até a aprovação da DUDH (BRASIL, 2009j), foi percorrido um árduo caminho e, pela sua importância, dá-se destaque ao momento histórico que a antecedeu.

No final da 2ª. Guerra Mundial, o mundo se encontrava em ruínas, da estepe aos desertos, do leste ao oeste, de norte a sul. Naquele momento foi elaborado um documento de suma importância, oriundo da reconstrução pós-guerra e dos frutos da comissão de Direitos Humanos da ONU. O ano era 1946, e em 1947 a comissão iniciou seus trabalhos, tendo sido eleita Eleanor Roosevelt (1884-1962) para presidi-la.

O relator deste documento, Doutor Charles Habib Malik, do Líbano, mais do que precisar a tarefa que estava por empreender, certamente mediu suas palavras, ciente da grandeza de sua missão e cunhou a locução:

Precisamos elaborar uma declaração geral dos direitos humanos definindo em termos sucintos os direitos e as liberdades fundamentais de [todos] que, segundo a Carta, a Organização das Nações Unidas deve promover. [...] Esse respeitável anúncio dos direitos fundamentais exercerá uma poderosa influência doutrinária, moral e educacional nas mentes e no comportamento das pessoas de todo o mundo. (CLAUDE, 2005, p. 38)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 2009j) foi aprovada, adotada e proclamada pela Resolução 217 na Assembléia Geral da ONU, em Paris, na data de 10 de dezembro de 1948, com a presença de 48 Estados Membros e a abstenção de apenas oito países, dentre os quais, ex-União Soviética, Ucrânia, Rússia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul. (TRINDADE, 1999, p. 16).

Assim, foi redigida uma declaração de direitos, baseada na *liberté et égalité*, e na *fraternité*, todos ideais da revolução francesa, em que se fizeram presentes os direitos políticos (art. 20), civis (arts. 16, 17 e 19), sociais (arts. 23, 25 e 28), culturais (art. 27), religiosos (art.18) e econômicos (art.25), dentre outros, que deveriam ser respeitados por toda a comunidade internacional, todos os Estados, toda a “família humana”<sup>46</sup>. Os povos do mundo inteiro adequadamente representados através deste documento cuja missão protetiva da pessoa humana<sup>47</sup> e de suas relações, em decorrência do “desprezo” e do “desrespeito pelos

---

<sup>46</sup> Expressão que consta do preâmbulo da DUDH(1948) (BRASIL, 2009j).

<sup>47</sup> A consagração de pessoa humana, recepcionada no art. 6º, da DUDH, longe de dar a palavra final sobre a questão, ao contrário, não conseguiu gerar um modelo delimitador do conceito de pessoa, de tal forma que, por



direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”<sup>48</sup>, passa agora a ser sinalizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 2009j).

A Declaração afirmou a visão contemporânea de Direitos Humanos marcada pela tônica da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência<sup>49</sup>. (LAFER, 2004, apresentação) e, a tarefa, incomensurável, levar a paz ao mundo, sintetizada na Declaração Universal de Direitos Humanos, significou uma tarefa ímpar sem precedentes na história humana, e foi reforçado com duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968; e Viena, 1993). (TRINDADE, 1999, p.13).

Nas declarações de direitos, quer da Revolução Francesa, quer da Revolução Norte-Americana, o sentido de universalidade está presente (HERKENHOFF, 2002, p. 49), da mesma forma que o sentido de luta pela dignidade humana, na construção progressiva das novas s. Não é por acaso, que plasmado pela dinâmica da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>50</sup> (1948), outras Cartas de Direitos surgiram. Herkenhoff enumera cinco delas, a saber: a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou Carta de Banjul (1981); a Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem (1981); a Declaração Universal dos Direitos dos Povos<sup>51</sup>, ou Carta de Argel (1976); a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); e a Declaração Solene dos Povos Indígenas do Mundo (1975). (1997, p. 19).

Fato como este, inaugurador de um destaque que há de abrir-se para um saber e um mínimo de prática e de discurso na cartilha do Estado de forma a dar “eficácia e efetividade dos conteúdos próprios – tradicionais ou inovadores” e “tornar o compromisso com os direitos humanos um **valor universal**”. (MORAIS, 2004, p.121) (grifo no original).

---

exemplo, questões como células-tronco, anencefalia, aborto, e tantas outras, possam receber a adequada resposta de delimitação do início da vida e o recebimento da necessária proteção, como seria o caso das guerras.

<sup>48</sup> Preâmbulo da DUDH (BRASIL, 2009j).

<sup>49</sup> A respeito do conceito de tais expressões, ver notas de n<sup>os</sup> 13, 14 e 15 deste trabalho, respectivamente.

<sup>50</sup> Quando da edição da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (BRASIL, 2009j), países socialistas apresentaram restrições à DUDH, em razão de que o documento não apenas é centrado nos “direitos individuais”, como também silenciara quanto ao direito coletivo dos povos. A ONU procurou corrigir o desvio, e no âmbito desse organismo internacional, dois Pactos da maior importância, consagraram expressamente os Direitos dos Povos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966). (HERKENHOFF, 1997, p. 83-84).

<sup>51</sup> O acréscimo dos “Direitos dos Povos” ao elenco dos “Direitos Humanos” foi, na concepção de Herkenhoff, a mais relevante contribuição das culturas consideradas marginais, sob a ótica dos dominadores, à idéia de “Direitos Humanos”. (1997, p. 84)

O que se apresenta fundamental e inevitável diz respeito a perceber que há uma fundamentalidade racional e teórica nos direitos humanos que por si, os documentos, os registros históricos, o conceito de pessoa se percebem integradores, convenientes e necessários de tal forma que, a afirmação de Bobbio (2004) no sentido de que não se pode encontrar um fundamento absoluto para os direitos humanos ecoa nos termos de uma garantia afirmadora de que há absolutividade e neste sentido, por si, referido fundamento é um fundamento absoluto. Isto é paradoxal não é mesmo?

CULLETON sobre tal questão anota uma conclusão deveras significativa:

O que significa essa pretensão? A atribuição do caráter absoluto a uma fundamentação equivale unicamente à afirmação de que a validade dessa fundamentação não fica subordinada a nenhum pressuposto alheio ao contexto racional dentro do qual ela mesma se formula. Em outras palavras, estamos dizendo que se funda em princípios aos quais se pode atribuir uma validade atual indiscutível, e que no discurso fundamentador não pode se detectar inconsistências no momento em que é formulado. Entendidos os termos neste sentido, podemos formular a tese de que toda fundamentação racional própria (isto é, coerente com seu peculiar caráter) tem uma validade racional absoluta. (2007, p. 59)

Há neste ponto dois aspectos que hão de ser investigados, conforme é a proposta deste estudo, em que medida se deve e de que maneira se apresenta uma justificativa de fundamentação para os Direitos Humanos, traduzidos em sua dimensão reafirmadora de concretização, ou de eficácia e efetividade e quais seriam estes limites e de quem se poderia esperar tais compromissos.

Há uma série de documentos que são sinalizadores da prática efetiva dos DDHH pertencente às condições de sua concretização – de eficácia e de efetividade – que são justificadores de sua fundamentação, ou representativas de suas possibilidades de fundamentação.

Herkenhoff (1997, p. 131-136) afirma que há certo grupo de documentos internacionais que particularizou as condições e os meios efetivadores de DDHH. Seriam eles, a Declaração sobre o fomento, no seio da juventude, dos ideais de paz, respeito mútuo e compreensão entre os povos (1965); a Declaração sobre princípios sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social (proclamada em 1969, e adotada em 1986); a Declaração sobre a utilização do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da Humanidade (1975); a Declaração sobre o direito dos povos à paz (1984); a Declaração universal sobre a erradicação da fome e da má nutrição (1974); e a Declaração sobre os princípios fundamentais relativos à contribuição dos meios de comunicação de massa no

fortalecimento da paz e compreensão internacional, na promoção dos direitos humanos e na luta contra o racismo, o apartheid e a incitação à guerra (1978).

A despeito do construto histórico-jurídico, extraem-se três aspectos da natureza da dignidade humana, conforme aponta Sarlet (2006, p. 212-225):

a)da concepção jusnaturalista, remanesce a constatação de que uma ordem constitucional consagra a ideia da dignidade da pessoa humana a partir do pressuposto do homem, quer pela sua condição humana, quer porque sujeito de direitos.

b)na perspectiva jurídico-constitucional, parte-se do pressuposto que a dignidade refere a condição humana do ser humano e, portanto, refere-se à personalidade humana. No caso de controvérsia, e instada a manifestar-se, a jurisdição constitucional, sobre as diversas dimensões da dignidade, não há como desprezar uma compreensão jurídica da pessoa humana, mesmo as que cometem atos indignos. Não é outro o entendimento extraído do art. 1º da DUDH (BRASIL, 2009j).

c)perante o Tribunal Constitucional da Espanha e no âmbito da Doutrina Alemã, a dignidade da pessoa humana tem relação com o valor espiritual.

Tais constatações conforme conclui SARLET, à luz da Declaração Universal, confere a noção de que a dignidade da pessoa humana permanece sendo reconduzida, sobretudo, centrada na doutrina kantiana da autonomia e do direito da autodeterminação da pessoa. (2006, p. 218-219).

A título de ilustrar a questão da prática do princípio da dignidade humana, porquanto fundamento de cunho jurídico, é digna de nota a citação contida na inicial da ADPF 54 (BRASIL, 2009r)<sup>52</sup>, que ganhou notoriedade, a despeito de discussão dos fetos anencefálicos, e que é representativo do conceito de referido princípio:

27.A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. A banalização do mal ao longo da primeira metade do Século XX e a constatação, sobretudo após as experiências do fascismo e do nazismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie, levaram a superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como pós-positivismo. Nesse novo paradigma, dá-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, resgatam-se valores civilizatórios, reconhece-se a normatividade aos princípios e cultivam-se direitos fundamentais. Sob este pano de fundo, a Constituição de 88 consagrou a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III).

28.O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integração moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto a liberdade e valores do espírito quanto a condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos

---

<sup>52</sup> Assina a inicial o então advogado Dr Luís Roberto Barroso (OAB/RJ 37.769)

direitos da personalidade como direito autônomo, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade, funcionando como atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano. Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e ao Estado.

No conceito antes indicado consta a ideia de dignidade enquanto referente moral e não uma realidade senão o esforço de todos na dinâmica do Direito perante a sociedade. Tal compreensão é comungada por Peces-Barba Martínez (2003, p. 48), o qual confirma a concepção da dignidade voltada para o referencial da moralidade, e conclui que se é digno enquanto desenvolvemos as condições pelas quais há identificação como seres livres e dotados de dignidade, entretanto não é mecânica a realização histórica da dignidade de cada um de nós, se não dispormos dos meios necessários a tal finalidade, de onde acorre que, para converter-se em reais e efetivos, os riscos necessários à dignidade constroem uma normatividade em forma de valores, princípios e direitos.

É neste contexto que situa a compreensão dos Direitos do Homem enquanto fundamento da dignidade da pessoa humana. É o seu significado que dá cura ao existir, qual seja, é da dignidade que decorre uma teoria do humano, para o qual, as Declarações de Direitos, em sua sucessividade histórica, representam a constante luta (simbólica) de criar a tônica do absoluto humano e a fórmula dos DDHH que daí decorre.

Os aspectos da concepção dos Direitos Humanos de sua fundamentação em sua gênese reafirmadora estarão sendo melhor apresentados no subcapítulo que segue.

## **2.2 Os Direitos Humanos: concepção e fundamentos de sua gênese**

Ao utilizar a expressão Direitos Humanos<sup>53</sup> ao longo deste estudo, recorre-se ao legado teórico de Peces-Barba Martínez no sentido de que, utiliza-se o termo “Direitos Humanos” referindo a uma expressão moral, ou a um direito subjetivo protegido por uma norma jurídica. Ao chamar “direito” a concepção moral se reveste de juridicidade. Portanto, por mais que a acusem de uso ambíguo, com significado distinto que a história do pensamento

---

<sup>53</sup> Sobre os diferentes sentidos linguísticos da expressão Direitos Humanos – ver subcapítulo 3.2.2, deste estudo.

jurídico tem expressado um enfrentamento permanente em torno dos dois pontos de vista – o jusnaturalismo e o positivismo (2004, p. 21).

Convém um esclarecimento. Esta pesquisa opta pela expressão “Direitos Humanos” por entender que esta advém da expressão contida na DUDH (BRASIL, 2009j), e neste sentido cumprem a tarefa de mais pertinência e adequação. Peces-Barba opta pela expressão “direitos fundamentais”. A explicação para tanto, conforme o próprio autor revela, decorre de duas concepções: a pretensão moral que deve ser atendida para que haja uma vida humana digna; de outro, recorre-se a expressão para identificar um sistema de Direito positivo, de onde concorrem os sistemas jusnaturalista e o positivista (MARTÍNEZ, 2004, p. 20-21).

Para tanto, Peces-Barba Martínez apresenta distintas expressões ou locuções para expressar o mesmo conceito dos Direitos Humanos: direitos naturais, direitos públicos, direitos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais ou direitos fundamentais, direitos individuais e direitos do cidadão (2004, p. 28). Todas as expressões são recorrentes na doutrina e na prática, doméstica e internacional.

Na verdade, Peces-Barba apresenta um legado – pertinente a presente pesquisa – no sentido de evoluir os direitos fundamentais<sup>54</sup> – de forma bastante próxima<sup>55</sup>, senão substitutiva dos direitos humanos – que é apresentado através de sua matriz teórica, na linha de processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação.

É útil, portanto, objetivando ilustrar referidas concepções a partir de três legados, de Peces-Barba (2004), Norberto Bobbio (2007) e Ingo Sarlet (2001), os quais foram eleitos na pesquisa, por deterem importância e representatividade no campo dos direitos fundamentais, ciente de que atendem o curso dos Direitos Humanos, posto que, a seu modo, Direitos Humanos e direitos fundamentais detêm uma identidade e igualdade de concepções e fundamentos, razão porque, embora distintos, historicamente são também complementares.

Na matriz teórica de Peces-Barba os direitos fundamentais são apresentados a partir de quatro concepções: processo de positivação e de feitura de um estatuto jurídico, que compreende os aspectos de formação filosófica até o positivismo e neles estão compreendidos a primeira geração (direitos a liberdade) (2004, p.105-107); processo de generalização

---

<sup>54</sup> Referida expressão é examinada no subcapítulo 3.2.2.

<sup>55</sup> Para os que optam pela expressão “direitos fundamentais”, justifica-se a adoção de Peces-Barba (2004), porquanto de singular representação deles – direitos fundamentais, por eles mesmos. Nesta ótica, não justificaria a afirmação em comento de substitutividade dos DDHH.

compreende o reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os demais e tem pertinência com a segunda geração (direitos sociais) (2004, p. 110-115); processo de internacionalização é de difícil realização mas comporta a tentativa de universalização dos DDHH, também referida no legado teórico, de internacionalizar os direitos humanos (2004, p. 115-119); e, o processo de especificação: pessoa como titular de direitos frente a situação concreta (direitos difusos ou de terceira geração) (2004, p. 120-134).

Para Bobbio, a proclamação dos Direitos Humanos é representativa de um divisor de águas no curso histórico da humanidade. Na concepção de referidos direitos estão assentes as três correntes do pensamento político moderno: o liberalismo<sup>56</sup>, o socialismo<sup>57</sup> e o cristianismo social<sup>58</sup>, as quais se conjugam, sem se encontrarem, convergem, mas conservam cada uma a sua respectiva identidade, posto que, ao dar preferência a alguns direitos – acima dos outros, dão origem a um sistema crescentemente complexo de direitos fundamentais, de difícil integração sob o viés da prática e do desdobramento doutrinário e que continua sendo uma meta em prol da unidade do gênero humano. (2009, p. 201).

Martínez (1999, p. 142-143) assevera que se pode falar em direitos do homem abstrato e direitos do homem concreto. Os primeiros gozam da condição de direito clássico, tal e como apareceram na história, quais sejam, direitos do homem e do cidadão. Constituem a única categoria de direitos que durante o Século XIX e todo o Século XX considerou os direitos do homem concreto. No segundo caso, referem-se aos direitos dos grupos e das coletividades, e os direitos dos indivíduos que não podem estender-se aos grupos e as coletividades, de onde ocorre que há uma universalidade que se predica enquanto característica dos direitos clássicos e de uma universalidade para o futuro.

---

<sup>56</sup> Aqui Bobbio faz referência aos direitos da liberdade decorrentes do pensamento liberal. A liberdade dos modernos em oposição a dos antigos, tanto a analítica quanto a axiológica, os antigos a democracia direta, os modernos, a representativa (2007, p.245). Ademais a referência consta do subcapítulo 2.1 que é referido a partir do aporte teórico de Gaetano Pecora (2004).

<sup>57</sup> Os direitos sociais foram referidos primeiramente sob a forma da educação pública e das oportunidades do trabalho para os “pobres dotados de habilidades que não poderiam obtê-lo” e são nascentes pela primeira vez na Constituição Francesa de 1791 e que foram solenemente referidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (reformulada em 1793) (BRASIL, 2009i) e, finalmente entraram para a história com a Constituição de Weimar. (BOBBIO, 2007, p. 201).

<sup>58</sup> Na seara do Cristianismo social Bobbio constata que a afirmação dos direitos fundamentais foi uma constante, e nos últimos dois séculos verificaram-se dificuldades, reservas e às vezes reações por parte do catolicismo frente a difusão das declarações dos direitos humanos. Somente no famoso discurso do Papa Paulo VI dirigido a ONU, cem anos depois da *Rerum Novarum* (1891), chegou-se ao documento da encíclica *Centesimus annus* (BRASIL, 2010a) que a Igreja reconheceu a importância dos DDHH. Bobbio faz alusão a ela na qualidade de uma “carta dos direitos humanos”, citando o § 47: “É necessário que os povos que estão reformando a ordem em que vivem dêem à democracia um fundamento autêntico e sólido, mediante o reconhecimento explícito dos direitos humanos”. (BOBBIO, 2007, p. 202).

Bem por isto, há de se realçar o trabalho de Casalta Nabais (2004, p.54)<sup>59</sup>, o qual expõe a crítica dos direitos fundamentais, para quem os deveres para com os companheiros na aventura humana – os animais e as plantas e os rios, os mares, comportam deveres para com a humanidade, incluindo um equilibrado ambiente, necessário à preservação da vida, integrada pela geração atual e as gerações futuras, sendo que, quanto às gerações futuras, na dinâmica da referida matriz, é inadequado sob a perspectiva de que, na justificativa de defesa das gerações que se seguirão, conduziriam a uma categoria curiosa de gerações futuras terem direitos sem existirem, a uma vida de ser vivida, ou de preservação do futuro da comunidade através da prevenção de riscos e perigos.

Ingo Sarlet (2001, p. 35-36) aponta a ideia dos direitos naturais (jusnaturalismo), direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais). E explica: Direitos Humanos outorgados a todos os homens pela mera condição humana. Melhor ainda, direitos do homem com o sentido de direitos naturais, (ainda) não positivados; Direitos Humanos que se encontram positivados na esfera do direito internacional; e direitos fundamentais que são reconhecidos ou outorgados ou protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. (2001, p.34).

A mercê de inexistir uma identidade necessária entre os termos, importa para Sarlet a distinção sob o viés da efetiva aplicação e proteção das normas consagradora dos direitos fundamentais e dos direitos humanos e que a eficácia jurídica e social dos Direitos Humanos no caso de não integrarem o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado, razão porque carecem de status jurídico e, portanto, lhes falta cogência razão pela qual a sua efetivação encontra-se na dependência da boa vontade<sup>60</sup>. (SARLET, 2001, p. 36). Tal afirmação é de singular relevância para a presente pesquisa, na medida em que reveladora da importância da fraternidade para o cumprimento de um estatuto de cidadania no meio das variáveis realidades das relações jurídicas<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Nabais considera arbitrária a qualificação dos direitos dos animais como deveres indiretos (2004, p. 54).

<sup>60</sup> Esta problemática pela relevância com o estudo será examinada no último capítulo.

<sup>61</sup> A situação em comento já fora denunciada na órbita do “cristianismo social” de que nos remete Bobbio (2007, p. 201), pela Encíclica *Centesimus Annus*, de 01.05.1991, aqui referida pela pertinência com o tema do estudo: “Deste modo o princípio, que hoje designamos de solidariedade, e cuja validade, quer na ordem interna de cada Nação, quer na ordem internacional, sublinhei na *Sollicitudo rei socialis*, apresenta-se como um dos princípios basilares da concepção cristã da organização social e política. Várias vezes Leão XIII o enuncia, com o nome “**amizade**”, que encontramos já na filosofia grega; desde Pio XI é designado pela expressão mais significativa “caridade social”, enquanto Paulo VI, ampliando o conceito na linha das múltiplas dimensões actuais da questão social, falava de “civilização do amor”. (BRASIL, 2010a) (destacamos)

Para finalizar a posição a respeito da adoção das expressões, Sarlet registra que é acertada a ideia de que os DDHH, enquanto carentes de formalidade e espaço próprio dos direitos fundamentais, não alcançarão sua plena eficácia e efetividade, o que não significa que não a possuam. (2001, p. 36).

Neste ponto da pesquisa há três aspectos que hão de ser ponderados, em atenção aos termos da proposta deste estudo. Ciente de que a pesquisa já examinou os documentos primeiros que pontuaram a instalação dos DDHH na dimensão jurídico-política, ou teórico-racional, agora, neste ponto da pesquisa, em primeiro lugar, se propõe apresentar qual a concepção dos DDHH no momento presente; em segundo lugar, em que medida se deve e de que maneira se apresenta uma justificativa de fundamentação para os Direitos Humanos, traduzidos em sua dimensão reafirmadora de concretização, de eficácia e de efetividade, porquanto modelo substantivo de fraternidade; e, terceiro lugar, de quem e de que forma se dá a formulação de tais compromissos, indicadores dos índices de avanço de garantia e conscientização da norma jurídica pertinente aos DDHH.

O reconhecimento de documentos pertencentes à dimensão internacional perante o Estado, conforme referidos no subcapítulo anterior, reforça a importância da recepção de uma fundamentação perante a organização estatal. Morais assevera que a história dos direitos humanos está intrinsecamente conectada com a do Estado, desde idos dos anos 1700-1800. (2004, p. 120), enquanto Correias informa que “os direitos subjetivos – ou humanos – são uma ideologia que se inicia com o começo da história do capitalismo”<sup>62</sup>. (2003, p.18).

De igual sorte, Colpani anota que uma nova teoria de DDHH não nega caráter universal destes, antes parece fundamental que sejam consideradas as diferenças entre cada povo, cada comunidade e até mesmo cada indivíduo de forma que essas diferenças não sejam um defeito para tornar o outro igual, mas uma forma de completar e enriquecer uma sociedade fraterna onde todos são igualmente seres humanos. (2004, p. 180).

A concepção e fundamentos da gênese dos DDHH no momento atual, o qual merece ênfase, ainda que pertencente à órbita do discurso prático e da organização dispositiva da cartilha dos DDHH, relaciona-se, sobretudo, à necessidade de cunhar um mínimo classificatório – principais indicadores, próprio do marco prático, representativo das tábuas de direitos - ou da classificação dos direitos - que tem merecido a atenção da doutrina, conforme

---

<sup>62</sup> “los derechos subjetivos – o “humanos – on uma edeología que se inicia com el comienzo de la historia del capitalismo” – conforme consta no original. (CORREAS, 2003, p. 18)



se anota na sequência deste.

Há, contudo, um ponto a ser destacado, o qual justifica o realce da referida classificação neste trabalho, qual seja, a classificação dos direitos em gerações, em que pese as críticas conforme a seguir será brevemente referida, a qual decorre de Karel Vasak<sup>63</sup> (*apud* DANTAS, 2007), que a utilizou em 1979 para classificações dos direitos do homem, buscando demonstrar a evolução dos Direitos Humanos e que, após aparece nos trabalhos de Norberto Bobbio (2004).

Cinco anos mais tarde, Vasak (*apud* PÉREZ LUÑO, 2006, p.15), Diretor do Departamento Jurídico da UNESCO, continuava a dar ênfase especial aos direitos humanos da terceira geração, que completara as liberdades civis e políticas da primeira, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda. Em sua opinião, os pactos da ONU, promulgados em 1966, foram sustentados pelas gerações de direitos humanos, razão pela qual se justificaria a terceira dimensão, a par das exigências da solidariedade implícitas no tema da paz, da tutela do meio ambiente e da qualidade de vida, e do direito ao desenvolvimento dos povos e a defesa do patrimônio comum da humanidade.

Inicialmente, destaca-se o trabalho empreendido por Mauro Cappelletti e Bryant Garty, notadamente o primeiro, ao estabelecer a classificação do direito em “ONDAS” (em que conste a existência anterior da expressão cunhada por Alvin Toffler no clássico a “3ª. Onda”):

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira “onda” desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de acatar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31).

Referida classificação contempla em seu entorno princípios que lhes dão base e

---

<sup>63</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade apresenta crítica à classificação das tábuas geracionais. Primeiro, ele anota que esta classificação é de Karel Vasak de quem Norberto Bobbio copiou. Outro aspecto, ele registra que perguntou pessoalmente ao jurista tcheco quanto a tal classificação e a resposta foi no mínimo curiosa. Vejamos o estado da questão: “Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muita a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.”. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm) Acesso em: 11 jun.2009

que podem ser assim identificados: Na primeira destas ondas, na assistência judiciária, têm-se a paridade de armas, a inclusão dos “de fora” e dos “de dentro”, portanto, oportuniza-se o princípio da liberdade em nome de direitos individuais. Na *segunda onda*, dá-se destaque, ao invés do individual, o social – não obstante o individual também persista. Assim, tem-se o princípio da igualdade, com o sentido de reforçar o conjunto, oportunizam-se as garantias. Na *terceira onda*, cede-se ao princípio da solidariedade, e “dá-se vez a todos” com o surgimento dos direitos coletivos. Diga-se, que na classificação Cappelletiana não aparece a 4ª. Onda, que será apresentada nos trabalhos da maioria da doutrina que lhe sucede com a designação de geração. Assim, a 4ª. geração contemplará o surgimento dos direitos difusos e os transindividuais, tendo por base a democracia.

Há, contudo, referência a uma segunda classificação<sup>64</sup>, que prevê os direitos de 1ª., 2ª., 3ª., ou 4ª. gerações, na alusão a Celso Lafer (1988, p. 127-145), a Ingo Sarlet (2001, p.48-60), a Paulo Bonavides (1998, p. 516-526), e a Ivo Dantas (2007, p.88-90), e tantos outros, especialmente Karel Vasak e Norberto Bobbio, conforme referido anteriormente, a qual comportaria os direitos de defesa dos indivíduos (civis e políticos), depois em direitos sociais, culturais e políticos, os direitos coletivos ou de coletividades, e, por último, os direitos específicos do homem, onde o destinatário é o gênero humano – a fraternidade<sup>65</sup> e, também em direitos fundamentais à informação, à biotecnologia, a biomédica, aos direitos de convivência em uma sociedade (SARLET, 2001, p. 50-55)<sup>66</sup>.

Assim, os direitos fundamentais foram divididos em três gerações, as quais sustentam os seguintes princípios chaves: liberdade (da 1ª. geração); igualdade (da 2ª. geração) ; e a solidariedade (de 3ª. geração) e que exigem, respectivamente, omissão do Estado, ação do Estado, e atuação complexa do Estado, por vezes omissiva e noutras promocional. (DANTAS, 2007, p. 65-119).

Sobre a 3ª. geração – até porque esta fará a abertura para a 4ª. geração – que é,

---

<sup>64</sup> A classificação em gerações, em que pese as críticas, decorre de Karel Vasak, jurista tcheco que a utilizou para classificações dos direitos do homem, buscando demonstrar a evolução dos Direitos Humanos. (VASAK, apud DANTAS, 2007).

<sup>65</sup> Sarlet (2001) e Cattoni de Oliveira(2003) adotam a solidariedade e a fraternidade enquanto sinônimas e, portanto, ambas sustentariam a terceira ou quarta geração. Este trabalho optará por fazer distinção quanto às expressões e terá como base teórica os autores, Erhard Denninger, José Fernando de Castro Farias, Diego López Garrido e Michel Rosenfeld, Norberto Bobbio, dentre outros. Todos constam das referências e foram citados ao longo do presente estudo.

<sup>66</sup> A classificação originária de Karel Vasak quanto aos Direitos de 3ª. Geração, identifica cinco espécies: “direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio econômico da humanidade e o direito de comunicar” (VASAK apud DANTAS, 2007, p. 88).

portanto, portal de rompimento da matriz de “ondas” cappelletianas para o surgimento e instalação da expressão geração de Karel Vasak (DANTAS, 2007, p.88), e que foi expandida na comunidade internacional graças ao trabalho de Norberto Bobbio<sup>67</sup> (2004) e, no Brasil, especialmente Paulo Bonavides (2003), há um aspecto a ser realçado, sobretudo tendo-se em conta a pesquisa deste trabalho. Vejamos.

Os direitos ditos de terceira geração<sup>68</sup> são dotados de alta base humanista e universalista, e é então que Vasak os identifica em cinco/5 espécies: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio da humanidade e o direito de comunicar. (DANTAS, 2007, p. 88).

A 4ª. geração de direitos, ou os novos direitos, “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”, com a concretização da sociedade aberta do futuro, de máxima universalidade, de concretização da globalização política (BONAVIDES, 2003, p. 526-526) e que, comportam “a descoberta e a formulação de novos direitos são e serão sempre um processo sem fim, de tal modo que, quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas” (idem, ibidem, p. 570).

No dizer de Cappelletti, “[...] que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa” (2008, p. 393), ou, no dizer de Bobbio (2004, p. 229), os direitos da nova geração nascem dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico.

Às três gerações sucessivas, Bonavides acrescenta a 4ª, representativa do processo histórico de universalização concreta e que assume as gerações anteriores como dimensões, enaltecendo que o vocábulo dimensão substitui, com vantagem, o termo geração (2000, p. 522-535).

Assim, a 4ª. geração de direitos, ou os novos direitos, segundo Bonavides “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”, com a concretização da sociedade aberta do futuro, de máxima universalidade, de concretização da

---

<sup>67</sup> Especialmente na obra “A Era dos Direitos” (ver referências), constituída de 11/onze ensaios, onde o autor discute especialmente o tema dos direitos do homem, a democracia e a paz. Daí a pertinência com que ele tem divulgado o tema.

<sup>68</sup> López Garrido, sobre a classificação da 3ª. geração anota: “los Derechos de la solidaridad humana: a)Derecho a la paz; b)Derecho al medio ambiente; c)Derecho ao desarrollo; d)Derecho al patrimonio común de la Humanidad” (2000, p. 162-165).

globalização política (2000, p. 526) e que, comportam “a descoberta e a formulação de novos direitos são e serão sempre um processo sem fim, de tal modo que, quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas” (BONAVIDES, 2000, p. 570).

No dizer de Cappelletti, “[...] que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa” (2008, p. 393), ou, no dizer de Bobbio, os direitos da nova geração nascem dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico (2004, p. 229).

A jurisprudência também tem privilegiado a categorização pela via das “gerações de direitos”<sup>69</sup>. Fala-se igualmente em dimensões de direitos, ou “dimensões da ‘Justiça’” conforme faz referência Mauro Cappelletti (2008, p. 379-397), sem desprezar a figura da classificação em “ondas” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 386-387) e, igualmente – quanto às “dimensões de direitos” - no Brasil, Willis Santiago Guerra Filho (2005, p.42-47) e até mesmo Paulo Bonavides (2000).

Letícia Martel aponta que na medida em que as sociedades evoluem, mudanças sociais, políticas e econômicas são apresentadas e, paulatinamente, novos direitos surgem, e da mesma forma, novas leituras para velhos direitos despontam (2005, p.318). Esta tarefa - de constante surgimento dos direitos dão a tônica de quanto é preciso estar atento para o despertar dos novos direitos, na medida em que esses direitos que são ditos novos, ou que se renovam, estarão sendo colhidos e recolhidos na tarefa de catalogação da ordem normativa e, certamente, dependerão de uma cartilha de onde possam saltar para a dinâmica da sociedade, da vida, e da prática jurídica e, de onde se aguarda e é esperada a classificação na esfera da ciência jurídica.

Neste sentido, merece distinção o trabalho de Peces-Barba Martínez (2003, p. 48)

---

<sup>69</sup> Conforme ficou decidido no MS 22.164-0/SP, transcrito em parte: [...] Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)-que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial exauribilidade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000224223 &base=baseAcordaos>, acesso em 11 jun.2009).

na medida em que conclui haver dignidade do homem de acordo com as condições pelas quais os homens são considerados livres e dotados de dignidade. Entretanto não decorre automaticamente a realização histórica dessa comunidade. Portanto, os riscos da dignidade humana são objetos de uma deliberação racional, a qual na tarefa de converter-se em real e efetivo constroem tal normatividade em forma de valores, princípios e direitos.

Seja qual for o recorte e o tema a ser privilegiado em torno da classificação dos DDHH, tem recebido destaque a classificação histórica dos direitos fundamentais de primeira geração – individuais, de segunda geração – sociais, de terceira geração – coletivos e os direitos de quarta geração – difusos, razão pela qual, ao reafirmar a historicidade dos DDHH, Norberto Bobbio apontou a prova de seu nascimento:

“Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie” (2004, p.26)

De outro norte, os novos direitos, que também são ditos direitos de 4ª. Geração ou de 4ª. Dimensão, e que decorrem de uma convivência com a sociedade, dos quais são exemplos os direitos à informação, biotecnologia, biomedicina, enfim direitos decorrentes da sociedade complexa e de sua relação com os avanços tecnológicos, “igualmente devem ser protegidos constitucionalmente, e elevados à categoria de Direitos Fundamentais”. (SCHEIDWEILER, 2007, p. 526).

Também, não há de ser desprezada a classificação de Luigi Ferrajoli, em quatro classes de direitos, qual seja, direitos humanos, direitos públicos, direitos civis e direitos políticos (1999, p. 40), o qual, ao lado de Jorge Miranda (2000, p. 42-43), também apresenta uma classificação que pode ser dita muito bem aceita entre os estudiosos dos Direitos

Fundamentais no sentido de quatro concepções: concepções jusnaturalistas – os direitos do homem como imperativos do Direito natural e concepções positivistas – os direitos do homem como faculdades outorgadas e reguladas pela lei positiva; concepções idealistas – os direitos do homem enquanto ideia em torno do processo histórico e concepções realistas – os direitos do homem como expressão da experiência; concepções objetivistas – os direitos do homem enquanto realidades em si e concepções subjetivistas – os direitos do homem enquanto faculdades da vontade humana e manifestação de sua autonomia; e concepções contratualistas – os direitos do homem enquanto resultado do contrato social e integração na sociedade e concepções institucionalistas – os direitos do homem enquanto integração na comunidade<sup>70</sup>.

Há um legado bastante difundido a partir da obra de Robert Alexy (2008), o qual baseia-se na indicação de uma teoria visando a sua racionalidade. A proposta de uma teoria racionalista com foco nos direitos fundamentais exige uma sistematização e uma coerência que a prática dos direitos fundamentais pode não cooperar. Entretanto, Segundo Rivera Bohn (2000, p. 133-134), Alexy apresentou uma teoria partindo das normas de direito fundamental que levaram o autor, frente a vagueza do catálogo dos direitos fundamentais, da influência do juspositivismo e a composição de uma dogmática jurídica levaram referido autor a firmar uma teoria jurídico positivo dos direitos fundamentais.

A matriz disciplinar alexyana (2008) elabora uma distinção entre o conceito de norma de direito fundamental e o próprio direito fundamental – enquanto a norma é ampla, o direito fundamental pressupõe a validade desta para a sua existência, e discorre o seu trabalho a partir da teoria dos princípios (com a ponderação propõe uma racionalidade de cunho procedimental, cuja solução pressupõe a solução dos conflitos a partir das regras e dos princípios) e a teoria das posições - onde os direitos fundamentais gozam de presunção a favor da dimensão subjetiva (2008, p. 135-176).

Finalmente há ainda um trabalho deveras importante e que merece distinção. Trata-se da matriz disciplinar de Jürgen Habermas (1997) o qual propõe a superação da

---

<sup>70</sup> Também, apresenta-se significativa os sete sistemas teórico-jurídicos de direitos fundamentais eleitos por Jorge Miranda (2000, p. 49-50), a qual sucintamente é assim catalogada: teoria liberal – direitos de autonomia e de defesa, individuais e subjetivados; teoria institucionalista – os direitos são enquadrados em objetivos e funções; teoria conservadora – subordina a liberdade individual à autoridade e à tradição, seguindo uma visão pessimista da natureza humana e orgânica da sociedade; teoria dos valores – os direitos neste caso equiparam-se a valores, com princípios éticos difundidos na comunidade política; teoria democrática – direitos de participação, os quais ligam-se a democracia e a vida coletiva; teoria social – afirmam a dimensão social e positiva de todos os direitos; teoria socialista marxista - destaca a dimensão econômica e concreta de todos os direitos e a dependência das condições materiais para a realização e exercício de tais direitos.

descrição histórico-cronológica em gerações para a concepção de paradigmas jurídicos. Com tal viés e sentido o legado habermasiano emite uma crítica a teoria de Alexy (2008), justificando que os princípios são um agir obrigatório e os valores gozam de relações de preferência, onde alguns bens são mais atrativos que outros. E conclui que os princípios usufruem de obrigatoriedade enquanto que os valores usufruem de sentido relativo, razão pela qual são flexíveis e, bem por isto, submetem-se a potencialidades e riscos. (1997, p. 316-317)

Por onde quer que seja examinado, quer sob a perspectiva de Bobbio, “o problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.(2004, p. 43); quer sob a caracterização das dimensões; ou quer sob a tradução de paradigmas, o problema da produção e da aplicação jurídica remanesceria a uma distinção de questões jurídicas no contexto do seu ambiente social.

A referência aos direitos das “gerações”, cumulativas e sucessivas, desponta a correspondência com um “processo histórico de *universalização concreta* dos direitos fundamentais, e que assumiria as gerações anteriores como “dimensões” suas”. (OLIVEIRA, 2003, p. 110). (itálico no original).

Não bastaria, pois, os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, posto representativos das dimensões de uma quarta geração, tradutora dos direitos à democracia, e assim, nesta constante reavaliação, bem poderiam engrossar a fileira classificatória dos direitos fundamentais na sua função de interdependência, de seu efetivo exercício de irradiar-se, proteger-se e concretizar-se.

É de reconhecer que, nenhuma destas classificações equivale umas as outras, qual seja, gozam de independência entre si. Por mais que se vislumbrem aspectos comuns ou complementares, nenhuma delas cumpre a risca o papel de dependência. Da mesma forma, nenhuma delas, ainda que unidas, senão em seu conjunto, fornecem solução imediata, sendo apenas auxílio de construção e de sistematização ao ordenamento dos povos.

Todas, em seu conjunto, e individualmente, são adequadas à interpretação, construção e sistematização jurídica, realçando, pois, a compreensão de interdependência das gerações ou dimensões dos direitos.

Por isto, sob uma perspectiva histórica, apresenta-se em princípio, plenamente justificável, a tarefa classificatória das tábuas geracionais e, após, complementares das dimensões, de tal forma que as Declarações de Direito que se sucedem, representam a

constante tentativa de priorizar o surgimento de novos direitos, tais como os referentes à nova Biologia, a clonagem, as armas bioquímicas, o tráfico de embriões, os bancos de sangue, a inseminação artificial, as armas bioquímicas.

Referidos direitos, não raro, aguardam políticas de reconhecimento - dentro e fora do espaço doméstico, sujeitas a medida dos indicadores de progresso, portanto, cobra tratamento normativo<sup>71</sup>, a irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico doméstico e internacional, de forma a capacitar a política internacional com a dose que os direitos de segunda, da terceira e de quarta gerações não se interpretam, concretizam-se (OLIVEIRA, 2003, p. 112).

Entretanto, é preciso dizer que há oposição de peso na referida classificação. A crítica, no caso apresentada por Pérez Luño (2006, p. 33), se justifica sob o argumento da debilidade e imprecisão dos instrumentos de garantia requeridos para dotar tais direitos de vigência. As novas categorias encontram-se diluídas em uma indeterminação tal que se estende às instâncias internacionais e estatais, governamentais e não governamentais, em torno da exigibilidade judicial destas categorias, comprometendo de forma grave seu status normativo. Além do mais, e aqui reside o que há de mais sério na crítica, a terceira geração de direitos, por sua indefinição e precária eficácia, pode comprometer e relativizar a proteção dos direitos consagrados nas gerações anteriores.

No final de referidos argumentos, sustenta Pérez Luño (2006, p. 34) que seria mais adequado agrupar tais direitos na segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que, tais ambigüidades na frente das dúvidas que tem sido oportunizadas, tem contribuído para que se impugne a sua condição de autênticos direitos humanos, o que equivaleria a condenar a teoria dos direitos humanos a zonas de penumbra e equívocos que comprometeriam seu status jurídico e científico.

Assim, convém ponderar que a concepção dos DDHH no momento presente está voltada para sua justificativa de fundamentação protetiva, traduzida em sua dimensão reafirmadora de concretização, de eficácia e de efetividade, dos quais os documentos firmados em prol de pactos de Estado são ilustrativos e representativos de sua promessa, porquanto modelo substantivo de fraternidade, e, tais compromissos hão de ser declinados em bem de um direito dos povos, a mercê de uma construção de paz com a colaboração do direito – na

---

<sup>71</sup> conforme será tratado no capítulo seguinte.



proposta deste estudo, com a colaboração do Direito Fraternal.

Mas de quem, com quem e para quem pode ser sinalizada a cobrança da agenda compromissória dos DDHH? Na expressão de uma agenda da fraternidade? Estas questões estarão sendo analisadas no próximo ponto.

### **2.3 Os Direitos Humanos: caracterização e construção de seus desafios na cena atual – a expressão do modelo da fraternidade(?)**

Estamos na era moderna ou já alçamos estar na pós modernidade? O que é que está? O que é que foi? Não há definição certa de uma coisa ou de outra. Sequer se tem a exata dimensão de uma ou outra. Provavelmente estamos na passagem, mas isto é um apontamento do senso comum, pois o senso teórico, ou o senso prático da ciência e da filosofia ainda não encontraram um ponto de consenso sobre o pertencer a uma ou outra era.

Hannah Arendt a respeito da ascensão da época moderna refere que o principal e inteiramente novo conceito de tal época é a noção de progresso como força que governa a história humana (1978, p. 26).Tamanho a complexidade, não é tarefa fácil, nem em prováveis linhas, tentar delimitar os temas e os problemas que habitam e estão se revelando na sociedade moderna. Se tomarmos emprestados alguns pontos, tais como, o econômico, o político, e o ideológico<sup>72</sup>, que são temas que remetem as muitas críticas da Teoria do Estado e que são pertinentes a tarefa avaliatória do desenvolvimento, todos estes temas detém importância pelo fato de que validam e são continuamente aplicados na tarefa afirmativa dos DDHH.

É assim de uma forma indefinida que a sociedade marca os seus desafios no momento atual e os Direitos Humanos requerem o estabelecimento de seus pilares objetivando apresentar-se na contemporaneidade. Assim, por mais que indagemos de que forma tais direitos vão estar revestidos, ou quais os marcos haverão de ser estabelecidos para

---

<sup>72</sup> Recorrendo a Bobbio, que também pode ser explicado pelo dinheiro, pela força e pelo saber; ou também, pelo meio de produção, meio de coação, e pelo meio de persuasão; e ainda, o do pai sobre o filho, o do governante sobre o governado, e o senhor pelo escravo. (2003)

que, de uma vez por todas, os DDHH possam ser traduzidos em reconhecimento e sinal de efetividade ocupando de uma vez por todas o seu lugar ao sol na contemporaneidade, um mínimo é esperado – que haja espaços onde os direitos humanos possam ocupar e que esta ocupação aconteça.

O início do Século XXI abriga a lógica do controle da vida, da contradição, da razão e da descrença no Estado, na sua organização política e de Direito, e do desprezo às relações amistosas e fraternas. Tudo é muito urgente. É uma época “pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana” (MARQUES, 1999, p. 238). O significado assumido pelo termo “pós” pode traduzir superação, sucessão e/ou rompimento, nivelamento, despersonalização, não privacidade, enfim uma época de contradições e de paradoxos, de urgência e de acesso a tamanha informação que as próprias instituições são colocadas em crítica e contestadas<sup>73</sup>.

Os Direitos Humanos apesar de terem se estabelecido logo após a Segunda Guerra Mundial, assentados que foram pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (BRASIL, 2009j) em torno de uma sociedade esfacelada pelos horrores do que acontecera - desde a escravidão, passando por mortes, fome, e extermínio em massa – na atual medida da contemporaneidade estão a cobrar a afirmação de tais direitos. É desafiador para as relações jurídicas acreditar que elas não serão adequadamente ou minimamente protegidas.

É preciso esforço e reflexão, senão vivência e constante atuação – Orar e vigiar, é por isto uma ótima recomendação. A modernidade<sup>74</sup> esvazia-se de sua tradição secular e cede à pós-modernidade, na esperança do novo, e com ele uma nova dimensão do viver. O permanente cede ao transitório, o básico, perde para o essencial, o efêmero, por si não basta, requer-se o volátil; o secular, é substituído pelo clássico, que perde para o que não pode ser.

Qual é a medida da substituição? Ora, “os grandes discursos do sentido vêm-se tomados pela lógica irremediável do novo”. (LIPOVETSKY, 1989, p.239).

---

<sup>73</sup> Bobbio afirma que uma das novidades desses últimos anos é que as demandas de autodeterminação se manifestam com uma audácia impensável tempos atrás: as instituições – Igreja, escola, fábrica, e até mesmo o exército pareciam inapeláveis, fundados no princípio da autoridade e da obediência absoluta. Agora são discutidas e criticadas. Até os manicômios e as prisões são contestados. (1996, p. 93-94). Onde está o freio destas críticas ou elas são necessárias ao fortalecimento da sociedade contemporânea?

<sup>74</sup> Gianni Vattimo (2004) registra que o Século XX empreendeu uma série de tentativas de “reapropriação” de valores fundamentais, tendo perdido o significado dessa “reapropriação”, pelo fato de que o homem não mais busca a causa última do conhecimento – basta-lhe a técnica e a sua função no sistema. Não lhe interessa a imortalidade e, portanto, resgata a superfluidade e o caminho para o consumo. Instala-se a crise do humanismo.

Então qual é esta fórmula? Onde foi o velho e onde começou o novo? Qual a missão nos cabe nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre os horizontes, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe-nos a todos nós, missão relevante, árdua mas grandiosa e bela. (TEIXEIRA, 1993, p. 91).

E a medida da contemporaneidade? Ela existe? Habermas, sobre a entrada na pós-modernidade, pondera que nem Hegel nem seus discípulos diretos jamais questionaram as conquistas da modernidade, de onde os tempos modernos tiraram seu orgulho e consciência de si (2002, p. 121).

Ciência e técnica, em outras épocas jamais pensadas, nunca avançaram tanto, e onde penetram desmascaram antigas colocações, estabelecendo o legítimo novo. Instalam-se tempos mutantes, urgentes, clônicos, que são ditos cheios de vida, esperançosos tempos do passado, ao invés dos tempos parados, estáticos, seculares...

Por onde quer que se olhe, pode-se ansiar por um pacto de relações fraternas. A situação apresentada é tal que se deve construir uma nova reconfiguração. Inspiradas em outras fontes busca-se ansiosamente uma espiritualidade simples e sólida, baseada na percepção do mistério do universo e do ser humano, na ética da responsabilidade, da soliedariedade e da compaixão, sobretudo da fraternidade, fundada no cuidado, no valor intrínseco de cada coisa, no trabalho bem feito, na competência, na honestidade e na transparência das intenções. (BOFF, 2001, p. 25).

A respeito da dinamicidade dos constantes avanços, científicos e tecnológicos, em que o homem por vezes se vê substituído pelas máquinas, Hannah Arendt pondera, em seu discurso da “condição humana”, que talvez o melhor exemplo da diferença entre ferramentas e máquinas seja a discussão infundável de que deve o homem ajustar-se à máquina, ou se são as máquinas que devem ajustar-se à natureza do homem (2009a, p. 160) e com isto, o protagonista da sociedade é o servo sublimado e satisfeito (BOBBIO, 1996, p.92).

Será que devemos corrigir este curso da história e adquirir a nova imagem da sociedade sem a escravidão do trabalho de que nos recomenda Bobbio? Ou, então devemos insistir na crítica da eliminação do trabalho cansativo, desagradável, alienante? (1996, p. 93).

Na dimensão do mundo do direito, para uma época que “fabricou” os campos de concentração e de extermínio convêm novas formas de defesa no sentido de buscar uma proteção dos direitos do homem, quer no espaço doméstico quer no espaço internacional, que atenda o paradigma de universalização, de validação a todos os povos dos quatro cantos da Terra.

Para que se possam estabelecer os vínculos necessários ao contingente de relações protetivas que no sentido filosófico hegeliano (de não-ser-em-si) atendem pelo pressuposto natural de uma garantia jurídica na seara internacional, ainda que não sedimentada na prática, a linha de tendência garantidora de direitos que a DUDH (BRASIL, 2009j) anuncia não há de ser subestimada, mormente eivada na divisa da igualdade, liberdade e fraternidade, originárias da revolução francesa e que se fazem representar no artigo primeiro, da referida declaração<sup>75</sup>.

Deveras é notável a percepção do necessário estabelecimento de laços de fraternidade, já que a liberdade e a igualdade enquanto valores constantes de muitas constituições<sup>76</sup>, não conseguiram plasmar o cumprimento da ordem jurídica dos povos. Esta é, sem sombra de dúvida, a prova do que a fraternidade requer para a justificativa de sua adoção: a urgente proteção das relações, notadamente as de cunho jurídico, que neste trabalho se faz representado pelos Direitos Humanos e, com este compromisso, contribuir para uma reflexão acerca do princípio fraternidade, ideal contido desde a Revolução Francesa, e presente explicitamente desde a DUDH (1948) (BRASIL, 2009j), e averiguar de que forma referido princípio articula memória e projeto, teoria e prática, experiência, e expectativa, doutrina e processo, e, desta forma deixar entrever as suas relações.

A compreensão da fraternidade na tradução deste estudo é diversa da solidariedade. Com isto tem-se que as duas expressões merecem distinções, a mercê de construção de suas respectivas identidades. Sendo assim, por mais que decorrentes das relações estabelecidas pelos seres humanos e que estejam tangencialmente unidas pela concepção da dignidade humana<sup>77</sup>, tais expressões ocupam uma lógica e dispõem de uma – ou

---

<sup>75</sup> Artigo I, (1948) (BRASIL, 2009j): Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (BRASIL, 2009j).

<sup>76</sup> Bobbio ao comentar sobre a igualdade, nas mais diversas concepções dispensadas pelos Textos constitucionais de diversos povos, refere a “algo constituído, habitualmente, pelos chamados direitos fundamentais, ou naturais, ou como hoje se diz, humanos” (1996, p. 41). E continua. Esses direitos são as várias formas de liberdade pessoal, civil e política e foram enumerados pelas variadas constituições dos Estados nacionais desde o Século XVIII até hoje, e foram reconfirmadas em documentos internacionais, após a 2ª Guerra Mundial, tais como a DUDH (1948) e a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950). (idem, ibidem).

<sup>77</sup> Segundo Comparato (1999, p. 30), a dignidade humana é fonte e medida de todos os valores, está acima da lei, qual seja, de todo o direito positivo, as duas expressões caminharam juntas, mas tendem a contar histórias e

mais –características que lhes é particular. Com isto, pode-se afirmar que as duas expressões caminharam juntas, mas tendem a contar histórias e caminhos que lhes são próprios e inerentes.

Casalta Nabais anota que “quanto a ideia de solidariedade, acrescente-se que frequentemente é reconduzida à ideia de fraternidade, uma recondução que está longe de ser exata” (2004, p. 55). Para tanto, o presente estudo traça os seguintes aspectos, justificadores da referida distinção: conceituação (doutrinária, histórica), características, trajeto e afirmação e objetivos.

De de um lado a conceituação doutrinária de cada uma que tem sido reservado está longe de concluir por uma distinção rigorosa. Entretanto, os desdobramento histórico não deixam dúvidas ou margem para outra conclusão, sendo reveladora da trajetória particular que não adistinçãoi de uma e outra enfrentada pelo estabelecimento de ambas.

Representativa da compreensão de sua trajetória, dois pontos merecem destaque na trjaetória histórica: o sofrimento humano e a dignidade humana. Explica-se. Segundo Comparato, a compreensão da dingidade humana e de seus direitos tem sido, estabelecido pela dor física e pelo sofrimento moral (1999, p. 30). É como se o sofrimento fosse revelador da dingidade humana. Ora, tal compreensão há de ser levada em conta.

A Guerra de Tróia bem ilustra tal fato. Na peça de Ésquilo – “Ilíada”, o sacrifício de Ifigência por Agamenon, seu pai e comandante dos gregos, compõe o paradigma da tragédia. E como remorso do crime fizesse despertar a sabedoria, ou a lição de sofrer para compreender. (BULFINCH, 2002, p. 266-275).

Desse modo a cada época que se vê oportunizada grande onda de violência, os homens parecem recuar e propõem novas regras de vida digna e plena para todos. Foi o que aconteceu com o desfecho da 2ª Guerra Mundial, e em decorrência dos horrores sofridos pela humanidade, em 1948 foi assinada a DUDH (BRASIL, 2009j).

Segundo Comparato há outro aspecto inescapável: “o sincronismo entre as grandes Declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas” o que justifica o sentido de evolução vital (1999, p. 31). Assim, na história moderna, no campo dos direitos Humanos, merecem destaque, tanto as invenções técnico-científicas quanto a DUDH, os quais compõem (ambos) a representativdade da fraternidade.

Os dois fatores correspondentes a fraternidade, pertencem a duas ordens – a ordem dos Direitos Humanos e a ordem do Direito Fraternal. Uma responsável pela transformação dos instrumentos e meios de convivência humana. A outra pretende submeter os Direitos a ordem do justo humano, do ótimo justo. Os Direitos Humanos na acepção do fraternal, traduz-se em modos de vida, formas de trabalho, meios de transporte, comunicação, etc., enquanto que o Direito Fraternal inaugura as bases para o estabelecimento da cidadania fraternal, ancorada em relações onde a dominação individual ou coletiva, estejam afastadas do processo de fraternidade, reintroduzindo referindo princípio.

Tendo os DDHH alcançado espaço na agenda jurídica dos povos, sobretudo, em razão dos grandes conflitos da humanidade (guerras, os terremotos, por ex.), eles requerem proteção especial em toda a sua dimensão, o que se faz igualmente justificado pelo estabelecimento de um mínimo fraternal para a decência e reputação das relações jurídicas das sociedades e dos DDHH que daí decorrem<sup>78</sup>.

Diga-se ainda, sobre tal ponto, atribuir decência e fraternidade às relações jurídicas dos povos, implica a eleição de uma classe especial dos DDHH, que estabeleça continua reflexão, ou como pretende este estudo, a formulação de um modelo substantivo de fraternidade – um modelo que faça jus à dignidade humana e decência dos povos, estabelecendo de um padrão necessário, de um eixo construtor de coesão, que pode ser traduzida(o), por “beneficência e união diante do perigo, humanismo com tendência universal e ligação comunitária ou fervor nacional” (MUNOZ-DARDÉ, 2006, p. 672).

Da mesma forma, Direitos Humanos simbolicamente representados porquanto modelo de fraternidade devem encontrar-se listados em um regime adequado – para os povos pertencentes ao regime democrático, ou, para os demais, uma classe de direitos urgentes, por isto mesmo ditos especiais, que decorram da faticidade estabelecida em suas relações, e que, para se tornarem aptos (válidos) merecem a inserção nas cartilhas de Direitos dos povos – caso existam - ou caso negativo, que sejam minimamente reconhecidos dentre os seus, ou que gozem de esforços para tanto.

À guisa de ilustração, os Direitos Humanos que expressam uma classe especial de direitos urgentes, para Rawls (2001, p. 103) são “a liberdade que impede a escravidão ou

---

<sup>78</sup> John Rawls no seu clássico *Direito dos Povos*, ao referir sobre os Direitos Humanos anota: “Eles estabelecem um padrão necessário, mas não suficiente, para a decência das instituições políticas e sociais. Ao fazê-lo, limitam o direito nacional admissível de sociedades com boa reputação em uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa” (2004, p. 104)

servidão, a liberdade (mas não igual liberdade) de consciência e a segurança de grupos étnicos contra o assassinato em massa e o genocídio”.

Independentemente da amostragem a que pertençam, conforme d’antes fora sugerida por John Rawls, a questão deveras importante diz respeito ao conceito tradutor de fraternidade, portanto justificador de um modelo substantivo - diversamente de um *vago sentimento*, ou de pertencimento a uma lista de direitos. Assim, referido conceito requer a concepção de uma *metáfora viva*, qual seja, a formulação de um conceito político-normativo de fraternidade.

Afinal, que conceito é este? Como vem sendo identificado, reconhecido e debatido na atualidade a fraternidade em sua qualidade de direito?

*Prima facie*, pretende-se aprofundar a análise dos DDHH, utilizando os fundamentos do Direito Fraternal, com o sentido de apresentar criticamente o exame do tema, ciente de que o fundamento deste tem no Direito Fraternal o fio condutor do estudo. Esclareça-se que no contexto amplo do estudo a perspectiva fraterna está sendo proposta, conforme será tratado no último capítulo deste, em torno da terceira tese de Bobbio (2004, p.22), qual seja, analisar os Direitos Humanos enquanto um dos principais indicadores do progresso histórico. Entretanto, com o fim de atender este, a análise far-se-á em torno dos fundamentos embaixadores do Direito Fraternal.

VIAL (2005, p. 1480), sustentada no aporte teórico de Eligio Resta, informa que os principais pressupostos do Direito Fraternal são - em uma breve síntese: um direito jurado conjuntamente entre irmãos na dimensão de um acordo estabelecido entre partes iguais; um direito livre de uma identidade legitimadora; a constatação de que os DDHH somente podem ser ameaçados pela humanidade; os direitos humanos como lugar da responsabilidade - o que norteia o cosmopolitismo; é um direito não violento; um direito que busca (re)dimensionar os poderes constituídos; um direito que pretende a inclusão; propõe a ruptura do amigo-inimigo.

Socorre dizer, que a fraternidade comporta a compreensão de irmãos colocados dentro de uma família - do eu e de seus componentes e do não pertencimento a esta, já que, sob o condão político, é próprio de tal natureza o reconhecimento do terceiro impessoal. Disto se extrai um dado que interessa sobremaneira ao Direito, especialmente nos campos políticos e normativos - a necessidade de considerar todo “outro” abstrato na relação de cidadania como qualquer um que tem direitos concretos a recursos que compartilhamos com ele, enseja uma tensão essencial para o político que a fraternidade é chamada a exprimir (MUNOZ-

DARDÉ, 2006, p. 670).

A eleição de um modelo substantivo de Direitos Humanos, frente à complexidade de relações que se apresenta nos dias atuais, requer a identificação de sua própria gênese e o estabelecimento de uma exigência, no sentido do direito positivo, de forma a apontar um modelo que neste trabalho é dito “substantivo de fraternidade”.

De outro norte, até para que não paire dúvida, o conceito dos DDHH no contexto de um modelo de fraternidade, retirado das perplexidades que a moderna filosofia cria para si própria, e da dinâmica das relações, não há de ser entabulado sob a mera perspectiva de sua própria teoria. Por assim dizer, é erro e grave injustiça à seriedade dos problemas da era moderna vê-los meramente do ponto de vista do desenvolvimento das ideias. (ARENDR, 1999, p. 326).

Desta forma, há de se fazer uma distinção entre direitos humanos enquanto normas de ação justificadas moralmente e direitos humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O *status* dos direitos fundamentais não é o mesmo das normas morais. Assim a compreensão da lógica transdisciplinar tem muito a contribuir para a apresentação do legado do Direito Fraternal, ou, minimamente, informar uma consciência que se propõe cada vez mais sensível e profunda que se forma no indivíduo.

Ora, na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, os Direitos Humanos encontram a sua validade na comunidade política, o que não contradiz o sentido universalista dos direitos de liberdade clássicos, que incluem as pessoas em geral e não somente os que pertencem a um Estado. Portanto, na qualidade de direitos fundamentais, tais direitos se estendem a todas as pessoas e, nesta medida gozam da proteção da constituição. (HABERMAS, 1997, Posfácio, p. 316-317 Tomo II).

Acerca da importância do tema dos direitos humanos, conforme registra BOBBIO (2004, p. 223), depende do fato de estar ligado aos dois problemas fundamentais de nosso tempo, quais sejam, a democracia e a paz. A democracia liga-se ao reconhecimento da proteção dos direitos do homem, que é base das constituições, e ao mesmo tempo, a paz é pressuposto necessário à proteção dos direitos do homem em cada estado e na seara internacional.

Desta maneira, o Direito Fraternal tem a contribuir significativamente na relação que se estabelece - a mercê de teórica - entre os Direitos Humanos, Democracia, paz e Direito Fraternal. Todos estes temas guardam absoluta concordância, conexão e relação de



continuidade, que não pregam a imposição de um único culto, ou uma só verdade. Pelo contrário, em um primeiro momento, a luta foi travada no seu estabelecimento (a história dos Direitos Humanos), depois no seu reconhecimento (o dar-se a conhecer da existência do outro, e também do indivíduo colocado na sociedade), e após, e aqui está o centro da questão, sem descuidar das anteriores, clama-se pelo estabelecimento do diverso, dos que são diferentes. A questão é – aceitar os muitos e idênticos e igualmente um só (diferente ou igual, tanto faz), ciente de que todos podem relacionar-se (e devem) uns com os outros. Para tanto, a proposta é a realização de um acordo mínimo presente em um código máximo – o Direito Fraterno.

Assim, o ordenamento jurídico, representa o contrato que os sujeitos de direito se dão, para que a “soberania do povo seja explicitada em termos jurídicos” (MOREIRA, 1989, p. 189), enquanto que os DDHH representam o substrato de tal composição visando “a institucionalização jurídica desse tipo de procedimento” (idem, *ibidem*). Há, por assim dizer, um projeto de normas de ação entre tais direitos e a sua própria gênese – justificadas sob o prisma de um nexos interno que assume lugar central na reflexão da era moderna e que, paulatinamente, perderá seu lugar.

Reside aí um paradoxo. Na medida em que os Direitos Humanos reflitam em torno de si e sobre si mesmo, são criadas condições para afastarem referidos direitos do lugar central onde estão. Então é chegado o anoitecer referido na fórmula hegeliana (2007) e que, diante da necessidade, perfilha-se o seu necessário reconhecimento na contemporaneidade. Isto é “vida e morte” para os DDHH.

Será que tais conceitos, tão em voga na modernidade, poderão ser (re)conhecidos, (re)inventados e constantemente (re)novados nos espaços públicos - com a tarefa do Direito Fraterno - e virar “tempo-presente” como proposta de exercício dos Direitos Humanos em contraposição à tarefa da Democracia e da paz?

A marca do tempo-presente apresenta-se com uma qualidade ético-reflexiva, plural e fluída, características que tem sido a marca da modernidade na sua precípua missão de (re)pensar os critérios de justiça, implicadores de um núcleo de princípios que dão conta de um mínimo de integração e de manutenção social. Não se deve menosprezar a vulnerabilidade das relações sociais, mantidas entre a necessidade constante de direitos inatendidos e a necessidade de que toda sociedade requer cada vez mais a assunção de seus direitos, dos seus Direitos Humanos que são feitos inacessíveis, a mercê de sua complexidade. Portanto, a

adoção de Estados Constitucionais e de seus mecanismos de controle na cena atual, a seu modo, simbólicos de direitos garantidos, podem contribuir por colocar no posto central do Direito Constitucional, os Direitos Humanos e a sua política afirmativa.

Ademais, quanto à expressão contemporaneidade, cumpre dizer que esta é utilizada no presente estudo para dizer do momento presente. Mas é preciso traduzir que momento é este, sobretudo porque o assentamento dos Direitos Humanos, tendo ocorrido com a DUDH (1948) (BRASIL, 2009j), dependendo do olhar de quem examina, pertence ao momento hodierno. Se contemporâneo – de onde se extrai contemporaneidade - este ocorre na modernidade ou na pós-modernidade (?), uma vez que há igualmente entre os modernos, os neomodernos, e os pós-modernos<sup>79</sup>, uma querela quanto ao alcance e significado das expressões.

Para Habermas, o discurso da modernidade tem necessidade de autocertificação. Ocorre, a concepção habermasiana supõe uma lógica autocertificadora, ensejadora de três marcos, a saber: o trabalho e suas formas de vida tradicionais – as corporações de ofício; o capitalismo que corresponde à ação econômica e administrativa racional com respeito a seus fins; e, a comunicação, estabelecadora da ação comunicativa com contextos estreitamente delimitados (2002, p. 3-8) e, que, contribuíram de forma essencial para uma nova compreensão na esfera da ciência – o estabelecimento de uma nova ciência e, desta forma, a renovação no conceito de ciência.

Da mesma forma, o conceito de modernização impõe um significado próprio no sentido de “modernidade”, qual seja, há uma consciência histórica de “tempos modernos” ou de “novos tempos”; ou, de “tempo mais recente” e a “época moderna” - e isto é de convir, posto interessar aos Direitos Humanos - um presente que se (re)forma a partir de novos tempos, que (ir)rompe com o passado e explode no presente com a força da renovação contínua, qual seja, “a modernidade não pode e não quer tomar dos modelos de outra época os seus critérios de orientação, *ela tem de extrair de si mesma a sua normatividade*”. (HABERMAS, 2002, p. 12).

Ademais, a ciência não detém hoje o lugar do saber absoluto – do conhecimento irrefutável, eterno e imutável -, e corre o risco de ser refutada e, portando, sob a perspectiva

---

<sup>79</sup> Diniz (2006, p. 647) pondera que a primeira referência ao termo pós-moderno foi elaborada pelo filósofo alemão Rudolf Pannwitz em 1917, o qual sob a influência de Nietzsche, identificou o pós-moderno com o niilismo da cultura ocidental do século XX.

de que somos capazes de aprender com as nossas próprias vivências, a modernidade revela-se na qualidade de um projeto inacabado. (CARVALHO NETTO, 2008).

Tem-se, pois, um conceito de modernidade que se apresenta mediante processos de formação de capital, de recursos, e de formação de identidades nacionais, de construção de valores e normas, portanto, tendente a “invenção humana”, na medida em que, a teoria da modernidade efetua em torno do projeto científico um constante repensar, sabendo ser este precário e plausível de (re)fundamentação, sujeito a sua própria temporariedade, carecedor de revisão permanente quanto à ciência, à crítica e as circunstâncias em que estes espaços são oportunizados. Isto, percebe-se, está ocorrendo na pós-modernidade.

De igual sorte, é preciso dizer que há estreita vinculação entre a modernidade e a pós-modernidade, e que, da mesma maneira como há dificuldades na tradução da primeira, disto, igualmente decorre a dificuldade da conceituação da segunda. Ainda que, gozem de diversos empregos polissêmicos, a cada uma está reservada a sua qualidade:

Da mesma forma como a modernidade tem sido associada a um estilo, categoria de época ou forma de organização social, os conceitos de “pós-modernidade” variam no mesmo diapasão. Nela se abrigam uma pluralidade de discursos e correntes de pensamento acerca de temas dispersos, unidos talvez pelo liame da defesa, em maior ou menor grau, de uma cultura anti ou pós-iluminista. E, a despeito de as transformações culturais, sociais, políticas, econômicas que varrem o cenário mundial nas últimas décadas receberem as mais diversas nomenclaturas e diagnósticos, por parte dos estudiosos, mister reconhecer que o epíteto “pós-moderno” se popularizou e se difundiu quiçá como nenhum outro. (ARNAUD, DINIZ, 2006, p. 351)

Tem-se que, observadas e produzidas certas particularidades com características próprias, o que dita influência em uma, marcará a outra. Não obstante, o surgimento da pós-modernidade, decorre do caminho produzido pela modernidade, tem-se que os filhos tardios da modernidade, transformam-se em filhos precoces dos tempos pós-modernos (HABERMAS, 2002, p. 125), tendo os mesmos defeitos e qualidades, educados sob o mesmo padrão, que levados a contextos diferentes poderão se apresentar com resultados diversos.

Hegel foi o primeiro a eleger o problema filosófico de nosso tempo como o processo pelo qual a modernidade se afasta das sugestões normativas do passado que lhes são estranhas (HABERMAS, 2002, p. 24), tendo concluído que a época moderna encontra-se sob o signo da liberdade subjetiva. (HABERMAS, 2002, p. 121).

Com Nietzsche<sup>80</sup>, o discurso da modernidade altera-se de forma significativa. A razão que fora geradora de autoconhecimento reconciliador, guinda-se libertadora e, após, apresenta-se compensatória, para, finalmente, apresentar-se “pois, de nós mesmos, nós, os modernos, não temos absolutamente nada”. (HABERMAS, 2002, p. 124-125).

Assim, os filhos da modernidade encontram tempos vocacionados para desenvolver sua aptidão para a liberdade. Portanto, o *nascimento da tragédia*<sup>81</sup> representado por fatos<sup>82</sup>, tais como, o campo de concentração de Treblinka e a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, e o 11 de setembro americano, acentuaram profundamente os debates em torno de que há uma nova modernidade, a pós-modernidade, trazendo ao cenário mundial, discussão de temas, como tolerância, pluralismo, solidariedade e porque não a (re)afirmação de um novo Direito – o Direito Fraternal.

Tais acontecimentos são representativos de um saber que expõe os seus fundamentos a uma permanente crítica de valores, métodos, saberes, princípios e, por tabela, (re)pensa os valores da ciência, relocando a sua compreensão, riscos e limites, inclusive na esfera dos DDHH, o que requer “sair de um paradigma” para “trocar de paradigma”<sup>83</sup>.

O cerne da controvérsia reside em definir se pós-modernidade é uma fase intermediária ou avançada dentro da modernidade ou simbolizaria uma nova etapa sociohistórica (DINIZ, 2006, p.648-649). E, convenhamos, tal se apresenta deveras importante no desdobramento dos Direitos Humanos, conforme será examinado neste estudo.

Referido aspecto requer tradução desde a perspectiva sociológico-jurídica até uma atitude moderna de colocação sócio-histórica. Trata-se, assim, da opção e enfrentamento dos Direitos Humanos sob o viés de sua construção normativa e a sua (re)afirmação no Estado atual de Direito. Sob tal lógica, é preciso pensar segundo uma (re)localização social dos DDHH tomados a partir dos ideais de justiça e de fraternidade<sup>84</sup>.

Sob a primeira dimensão – a da justiça, tais direitos podem ser localizados a partir do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito e, mesmo assim, para tal compreensão, a “virada” de tais direitos não há de ser tomada como simples passagem - na

---

<sup>80</sup> (1844-1900)

<sup>81</sup> Expressão utilizada por Friedrich Nietzsche.

<sup>82</sup> Significativo é o exemplo que Habermas anota, referindo a Michelman, com o exemplo de que “os tribunais nos Estados Unidos e no Canadá tratam de maneira diversa a nova situação de *discurso de ódio*”. (HABERMAS, 2004, p. 318).

<sup>83</sup> Decorre daí a compreensão de que as mudanças parecem estar de fora do paradigma tradicional.

<sup>84</sup> Ou jurídico-fraternal – para dizer do Direito Fraternal que será tratado no terceiro capítulo deste estudo.

ruptura que se instala da virada do Estado Liberal para o Estado Social - dando lugar, ao Estado Democrático de Direito.

É preciso compreendê-los a partir dos paradigmas<sup>85</sup> que ali se instalam e, sobretudo, dar-se conta de que momento é este, onde as teorias se irrompem e conformam o processo dos fatos e suas referências, e onde também se rompe com o véu da “pré-compreensão usualmente dominante da sociedade contemporânea” (HABERMAS, 1997, p.123), que é desvelador da crise – onde os muros são rompidos – e o momento em que as pontes são estabelecidas e vencidas e, então, se dá o revelador que há no salto quântico onde o *novum* é estabelecido através da comunhão de uma nova rearticulação – modo de ser e de agir do homem que se bendiz fraterno, acolhedor do outro.

Para a primeira posição, a crise<sup>86</sup> de transição evidenciou-se nas décadas subseqüentes ao pós-guerra nas ciências, nas artes, na economia, na filosofia e nas instituições políticas, portanto, sintomática de uma crise *na* modernidade e não *da* modernidade. Já os defensores da crise *na* modernidade reconhecem uma mudança cíclica da dinâmica da modernidade, oportunizando a passagem de uma sociedade industrial clássica da maquinaria para a sociedade informacional, ou pós-industrial, firmada na informação, no conhecimento e na comunicação, situação que os crentes da crise *da* modernidade preferem reconhecer como ruptura com o projeto moderno e o surgimento de um novo cenário, “um novo potencial adaptativo para o Direito ante a evidência de conflitos e riscos cada vez menos simplistas e lineares” (DINIZ, 2006, p. 649).

Ora, com a travessia aprende-se a lição da transformação do direito, e esta transformação, segundo a observação Habermasiana, provavelmente não possa ser expressa por categorias estritamente jurídicas (1997, p. 137), senão pelos paradigmas que

---

<sup>85</sup> O conceito de paradigma neste trabalho remonta ao conceito de matriz disciplinar Thomas Kuhn, com o sentido de generalizações simbólicas, crenças em determinados modelos, valores (visões de mundo) e, até mesmo, paradigma, ou no dizer de Kuhn (2006a, posfácio, p. 228-234), tendo adquirido vida própria, o autor registra que seria totalmente apropriada ser substituída por "exemplares". Também, não se deve confundir o sentido de paradigma com as “representações” do senso-comum, ou mesmo, ser tomada em sentido *lato sensu*.

<sup>86</sup> Crise, na referida alusão, há de ser compreendida segundo o sombrio prognóstico weberiano da "jaula de ferro". Ora, se bem pensarmos, tal prognóstico piorou. Vivencia-se uma crise de valores sem precedentes, que foi capaz de estabelecer um colapso em comunidades inteiras, ao poderio das tecnociências, à sustentação e crescimento de superpotências que comandam(ram) o planeta, e, nesse estado de coisas, em detrimento dos agentes públicos e dos processos. Onde está a saída? Na racionalização weberiana? Na rearticulação do Direito, da Ética, da Economia, da Política? E, assim, ver no "ethos o modo de ser e de agir do homem - coisa que Weber mostrou na Ética e deixou na penumbra em sua sociologia do Direito" (DOMINGUES, 2006, p. 859).

(re)fundamentaram e ainda (re)fundamentam as interpretações jurídicas<sup>87</sup>.

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito ressentem-se de uma teoria social norteadora de seus fundamentos. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez, que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador, tem que desafiar-lo para uma justificação autocrítica. Após este lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto”. (HABERMAS, 1997, p. 129).

O Estado liberal nasceu da convivência do moderno constitucionalismo, que tem na teoria da constituição a fórmula de sua matriz, ou no na concepção habermasiana, os paradigmas jurídicos do Estado Liberal e do Estado Social (*welfare state*), correspondentes aos dois modelos representativos mais bem sucedidos na história do direito moderno, forneceram, cada um a seu modo, um modelo de sociedade e de reprodução de poder político, e que hão de ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos adequadamente organizados, que se dão em ordens jurídicas concretas e que refletem diferentes paradigmas (HABERMAS, 1997, p. 123-192).

O paradigma do Estado Social tem a marca da regulamentação do mercado por meio dos direitos sociais e coletivos de segunda geração (princípio da igualdade, base dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade). Dominaram o Século XX, da mesma forma que os da primeira geração foram base do Século XIX e é sinônimo das Constituições Sociais (México, 1917, Alemanha de Weimar, 1919). Prevaleram no segundo pós-guerra, e o não cumprimento das promessas de segurança e harmonias sociais, a prática do clientelismo, e a manutenção de um imenso aparato burocrático instalaram a crise do Estado Social, precisamente nos anos setenta.

Por mais que se enfrente o legado de tais “estados”, nenhum desses dois modelos foi capaz de cumprir a complexidade da sociedade contemporânea, incluindo o papel exercido pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais e na dimensão dos DDHH. Entretanto, como compreender o Direito na tradução de digno e legítimo representante de integração social?

Para que se possa compreender o sistema do Direito de forma procedimentalista, há uma crise a ser atravessada, onde os papéis do Estado na (con)figuração dos Direitos

---

<sup>87</sup>Habermas aponta o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito como embaixadores das interpretações jurídicas (1997, p.123-192).

Humanos se tornam mais complexos, requerendo uma análise que trabalhe diferentes considerações disciplinares, onde o papel de “observador” não exclui a condição do “ser” - o exercente da pré-compreensão e coautor das normas que o regem.

Em síntese, há um processo de juridização – característico da dimensão da justiça, marcador de épocas - que pode ser lido como a tendência, presente nas modernas sociedades, e que impõe o crescente aumento das tipificações de condutas jurídicas, e, também, o aumento do ordenamento jurídico, e, que outrora, tinham uma regulação informal de tradição, agora manifestam-se através de codificação inculcando crescimento do aparato jurídico (MOREIRA, 1999, p. 51).

Dito de outra forma, a primeira jornada de juridicização surge na modernidade, na época do Absolutismo, com a criação do Estado-Nação ou Estado burguês. O segundo, faz-se representado pelo Estado de Direito. O terceiro, apresenta o Estado surgido do movimento revolucionário da França, que em 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, faz despontar o Estado Democrático de Direito. O último vem com o Estado, decorrente dos movimentos operários e sociais do Século XX, representativos do Estado de bem-estar social, ou o Estado da social-democracia européia, ou o Estado social e democrático de direito. (HABERMAS, 1987, p. 505).

Na esteira da proposta de Carvalho Netto, desponta o (con)viver constitucional na sua tarefa de erigir a

[...] organização de sua sociedade complexa, a qual não pode mais lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença de que constituímos uma comunidade de homens *livres e iguais*, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum. (2008, p.3). (destacamos)

Têm-se assim aqui os indicativos dos dois direitos fundamentais centrais, da cartilha constitucional, quais sejam, a *liberdade e a igualdade*. A justificar referida compreensão, poder-se-ia ponderar que tais direitos são representativos dos direitos fundamentais centrais, e que, verdadeiramente, a representação atual se faz presente, pelos princípios da democracia e do Estado de Direito, porquanto suficientes para os direitos fundamentais políticos.

Ora, a liberdade e a igualdade são fortes pressupostos dos indicativos históricos da democracia e do Estado de Direito, posto justificadores de uma forma legítima a produzir interpretação de normas testadas perante a justiça e a democracia. Portanto, justifica-se uns e

outros.

Ao afrontar a temática dos direitos humanos, que ter presente que se está ante um conceito de cujo caráter histórico tem sido marcado pela consciência de sua própria historicidade e relatividade que não suporta a construção de dogmas para lá de absolutos ou supra históricos, sustentados por idealismos. Também restam afastadas as concepções metafísicas e jusnaturalistas dos direitos humanos, e que têm despertado a constatação – do significado e da importância histórica da luta pela dignidade e pela liberdade do ser humano. (DULCE, 1997, p. 5).

A constatação de que os Direitos Humanos na sua tarefa de dar respostas aos conflitos e lutas sociais e a diferentes necessidades do homem, que se submetem às constantes alterações, tanto pelo contexto, quanto pela cultura, quanto pela tarefa de reinterpretação dos direitos já catalogados e, também, pelo reconhecimento de diferentes *status* jurídicos, dá conta de que “uma prova inequívoca da historicidade dos direitos humanos está na evolução, na transformação e aparição constantes de novos direitos ao longo da história”. (DULCE, 1997, p. 7).

A aceção de que a vivência constitucional produz uma crescente complexidade na compreensão dos dois direitos fundamentais centrais – a liberdade e a igualdade, de forma a ilustrar e confirmar a compreensão das alterações paradigmáticas dos direitos fundamentais como meros acréscimos geracionais à tábua de direitos.

A ilustrar referida constatação justifica Carvalho Netto (2008) que na perspectiva constitucional, o público e o privado são primados ontologicamente distintos, sendo que o público garante o livre curso do privado e que, após a 1ª. Guerra Mundial tem-se a “ressaca” de tais modelos, no sentido de que se apresenta improvável o Estado Mínimo garantindo o máximo de liberdade aos indivíduos, o que torna possível a configuração do constitucionalismo social de forma a redefinir a liberdade e a igualdade segundo um novo paradigma.

Assim, materializados, amplia-se a tábua de direitos, configurando a edição de uma segunda geração de direitos, sociais e coletivos. Portanto, paradoxalmente, em face da absoluta carência de seus prováveis titulares, a cidadania deve ser tratada como massa, mas é a sua materialização que garante a definição política de sua concretude. Este se apresenta como o desafio do Estado Social de forma a sustentar uma democracia efetiva, qual seja, a construção de cidadania frente a carência de materialidade de seus direitos. (Carvalho Netto,



2008).

Ainda, quanto à segunda dimensão – como resposta à fraternidade, há um terceiro paradigma jurídico (ou jurídico-político), capaz de absorver criticamente os outros dois, os quais apontam “para as possibilidades de ruptura e reconstrução dos espaços e práticas humanitárias” (MORAIS, 2004, p.120), qual seja, a concepção procedimentalista do Direito importa numa específica compreensão de justiça política.

No contexto da legitimação do Estado Social, em resposta à crise instalada, surgem propostas de um novo modelo de Estado. Em linhas gerais, buscam-se na liberdade e na igualdade os princípios sociais básicos, menosprezando o individualismo liberal e o assistencialismo, representativos que eram do Estado Social e, igualmente sinalizador do padrão de gestão burocrático weberiano, que tem seu fim, no Brasil, com a EC 19/1998 (BRASIL, 2009c) que instalou o modelo do Estado gerencial e de Governança.

Se a liberdade foi o valor matriz dos direitos de primeira geração, o da igualdade é o da segunda geração, com destaque para o econômico, social e cultural, os da terceira geração tem na solidariedade a sua referência maior. É preciso, pois, privilegiar o espírito solidário, de cooperação, e de sacrifício com o intuito de atender as aspirações comuns, o que dá ênfase ao Direito Fraternal na medida em que contém o *munus* da fraternidade que é sustentáculo dos direitos pertencentes à terceira geração.

Apesar desta diversidade de concepções teóricas e ideológicas, em torno do significado e sentido da expressão, um dado aparece como fundamental para a investigação e adoção da expressão neste trabalho: a compreensão da contemporaneidade como uma sociedade estruturada e ambientada pelo anseio de fraternidade, cuja crise busca proteger os seus direitos em seus diversos campos, segundo a fórmula contemporânea de Norberto Bobbio (2004, p. 22) extensiva aos DDHH.

Afinal qual é a lição ou o objetivo que se extrai da fraternidade? O objetivo, o grande objetivo (pode-se dizer assim), pode ser resumido conforme a lição de Agnes Bernhardt (2008, p. 62): “proteger os Direitos Humanos, segundo o conceito da fraternidade – como garantia mínima para cada indivíduo, em cada tempo e lugar, inclusive os direitos sociais”. Mas o que é este conceito de fraternidade? Ora, o conceito de fraternidade pressupõe uma nova forma de análise do direito e, para isto, requer a reestruturação das políticas públicas que visam uma inclusão universal. (VIAL, 2005, p. 1.480), qual seja, refere-se basicamente a uma nova tradução de análise da sociedade, cujo baluarte está centrado na fraternidade, na

interdependência do conjunto de liberdade individual e a igualdade dos homens. Se isto é ou será possível, na perspectiva da teoria jurídica, é tarefa para o terceiro capítulo deste estudo.

É de se convir, assim, que a ideia dos direitos humanos, a mercê de um direito que não pára de se construir, portanto, são direitos históricos. De outra forma, nascentes na modernidade, ou minimamente detém uma concepção moderna que justifica a ocupação do espaço dos direitos fundamentais na atualidade, de forma a justificar o legado de Norberto Bobbio, para quem a concepção dos Direitos Humanos, sustenta-se em torno de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico (2004, p. 22), os quais, no objetivo deste trabalho, são passíveis de tornarem-se realidades decorrentemente da complexa relação resultante do indivíduo-sujeito e o universo dos DDHH, entre situações de conflito e violação aos direitos individuais e coletivos e o “modelo” da fraternidade, que é o pilar sustentador do Direito Fraternal<sup>88</sup>.

Tal qual a observação hegeliana (1997) anotada na apresentação do presente capítulo, quando vem o anoitecer e com ela a necessidade manifesta na vida dos Direitos, levanta vôo o pássaro de Minerva, e despertam os DDHH para o reconhecimento de um modelo substantivo de fraternidade.

---

<sup>88</sup> Sobre este último aspecto, o terceiro capítulo deste trabalho fará as necessárias sustentações ao propósito delineado neste.

### **3 OS DIREITOS HUMANOS E A PRODUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO: O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE**

“Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”; e “Não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”.  
(JONAS, 2006, p. 48)

3.1 A proteção dos Direitos Humanos: não tanto “uma sociedade de livres e iguais”, porém “mais livres e iguais”<sup>89</sup> do que quaisquer outros.

O objetivo desta parte da pesquisa propõe examinar os direitos humanos na perspectiva de sua proteção. Imbuído deste compromisso, a pesquisa recorre a dois recortes – os fundamentos dos princípios da igualdade e liberdade, também, através do legado do princípio responsabilidade, de matriz teórica do Hans Jonas (2006). Nestes encontram-se fundamentos para auxiliar a perspectiva do Direito Fraternal. Para cada um foi dado um espaço próprio, e o estudo começa com os princípios da igualdade e da liberdade, e um pouco depois, examina-se o pacto responsabilidade tendo como marco interpretativo a teoria do princípio responsabilidade.

Justifica-se a eleição da escolha de tais categorias. Liberdade e igualdade remetem uma e outra ao pensamento político e na história. Ambos se enraízam na consideração do homem<sup>90</sup> como pessoa (pertencente ao conceito de pessoa humana).

---

<sup>89</sup> Referidas expressões foram retiradas do legado teórico de Norberto Bobbio, notadamente, a respeito da liberdade e da igualdade enquanto fundamentos da democracia. Neste sentido, ver “Igualdade e Liberdade” (1996, p. 8), que consta de citações e nas referências desta pesquisa.

<sup>90</sup> Com o sentido de contemplar a necessária inclusão da mulher, e a respeito da evolução lingüística do significado homem no contexto deste estudo, convém apresentar uma breve consideração a respeito da expressão homem, uma vez que esta, tendo sido usada como ser humano genérico na redação originária da Declaração

Liberdade indica um estado, igualdade uma relação. Liberdade e igualdade servem de fundamento à democracia, pois esta é não tanto uma sociedade de livres e iguais, mas uma sociedade que os indivíduos são mais livres e iguais do que em qualquer outro (BOBBIO, 1996, p.7-8).

A fraternidade pertence a uma outra linguagem (BOBBIO, 1996, p.7) a qual, conforme denuncia Dworkin, é encontrada não onde os filósofos esperam encontrá-la, qual seja, no terreno dos contratos, dos deveres da justiça ou das obrigações do jogo limpo, que podem ser válidos entre os estranhos — mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes, é ali no direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de obrigações coletivas da comunidade, com a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, na associação política, é exatamente aí que a fraternidade se assenta. (1999, p. 249-250).

Com tal intento, neste ponto, pretende-se, na medida do princípio da igualdade e da liberdade, apresentar a proteção dos Direitos Humanos no que muito interessa a este estudo – a sua efetiva proteção, mediante a constatação de que nos documentos internacionais que deram origem histórica aos Direitos Humanos, a igualdade é proclamada primeiramente como condição fundamental. Mais tarde, a liberdade, ao contrário, é colocada junto a outros direitos, tais como o direito à vida e à felicidade” (BOBBIO, 2009, p. 82). É o que se vê da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “Todos os seres humanos nascem *livres e iguais* em dignidade e direitos” (BRASIL, 2009j). Também, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “Os homens nascem e permanecem *livres e iguais* nos direitos”<sup>91</sup> (BRASIL, 2009i). Enquanto que, na Declaração de Independência dos Estados

---

Universal dos Direitos *do Homem*, na atualidade foi guindada a Declaração Universal dos Direitos *Humanos* (BRASIL, 2009j) para contemplar referida inclusão, qual seja, a presença da unidade-diversidade mulher-homem. Marcos Arruda (2003, p. 21-22) refere que “homem”, vem de “homo”, ser humano genérico sem distinção. E justifica, “Ao longo do processo de metamorfose do latim ao italiano, português, castelhano, francês e outros idiomas, e mesmo os que sofreram idiomas não latinos, ocorreu um empobrecimento linguístico manifesto na abolição do termo genérico. A perda do termo genérico, tão expressivo em idiomas como o grego (*Anthropos*), o latim (*Homo*) e o alemão (*Mensch*) levou a que tenhamos que nos referir ao gênero humano usando o termo homem (*uomo, hombre, homme, man*), subsumindo nele o gênero feminino. Em latim, *homo* não se confunde com *vir, viris*, masculino, que quer dizer homem, em oposição a *mulier, mulieris*, feminino que quer dizer mulher”. (idem, ibidem). Para Maturana a origem do humano está ligada à linguagem, ao emocionar-se e o “que torna possível essa convivência é o amor, o domínio de ações que constituem o outro como legítimo outro na convivência”. (1997, p. 46)

<sup>91</sup> Da mesma forma, a DUDH, no artigo 2, parágrafo 2 (BRASIL, 2009j) ainda adverte quanto a um outro tipo de desigualdade – no condão discriminatório - que advém do pertencimento ao estatuto político, jurídico ou internacional de determinado país. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>  
Acesso em: 28 nov.2009

Americanos (1776): “Nós consideramos incontestáveis e evidentes por si mesmas as seguintes verdades: que todos os homens foram criados *iguais*, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão, em primeiro lugar, a *vida*, a *liberdade* e a busca da *felicidade*” (BRASIL, 2009h)<sup>92</sup>.

Opta-se por tal viés no condão de fornecer sustento à análise do terceiro capítulo que tem a proposição de examinar a afirmação dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal, eis que, sendo este um direito, cujos assentamentos estão centrados na jura conjunta entre irmãos, e, por isto mesmo, “[...] de transferir o modelo da amizade à dimensão da fraternidade, típica de uma comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças”, (RESTA, 2004, p.11), sendo bastante convincente os fundamentos de tais princípios (*liberté et égalité e fraternité*).

Sendo certa que a fundamentação da igualdade e da liberdade são intimamente conexas ou aquela “é frequentemente acoplada com a liberdade” (Bobbio, 1996, p. 11), entretanto, há um único nexos social e politicamente relevante entre os termos, qual seja nos casos em que o sentido da liberdade é utilizado na perspectiva em que os homens são ou devem ser iguais, resultando a característica de serem “igualmente livres ou iguais na liberdade”, sendo esta a prova de que a liberdade é a qualidade de um ente e a igualdade um modo de estabelecer um tipo de relação entre os entes de uma totalidade.(BOBBIO, 1996, p.13), que na proposição deste estudo, isto se dá mediante a característica da *fraternité*, para o qual o Direito Fraternal muito tem a contribuir. Não tanto “uma sociedade de livres e iguais”, porém “mais livres e iguais” do que quaisquer outros (BOBBIO, 1996, p.8) e, igualmente, na tarefa deste estudo, situados em uma rede de fraternidade.

Apesar dos múltiplos significados, firme na proposição da concepção da matriz teórica de Bobbio (1996), os seguintes aspectos se apresentam pertinentes a referência neste trabalho: para a liberdade, por conta de sua ambiguidade, parte-se então da concepção negativa e da positiva; para a igualdade, por conta de sua indeterminação na aferição de sua relação, propõe ser esta analisada a partir das seguintes indagações: “igualdade entre quem?” e “igualdade em quê?” (BOBBIO, 1996, p. 12).

Quanto a liberdade, tem-se a negativa e a positiva. A negativa tem lugar frente a uma situação em que o indivíduo há de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser

---

<sup>92</sup> O destaque em itálico decorreu do interesse deste trabalho. Não é do original.

obrigado a fazê-lo. A positiva tem lugar no qual o sujeito orienta seu querer no sentido de uma possibilidade, sem ser determinado pelo querer dos outros. (BOBBIO, 1996, p. 48-51).

Quanto a igualdade, para sua aplicação há de se pressupor a presença de uma pluralidade de entes, e que tipo de relação existe entre eles. Um valor tendente do homem como ser genérico, como ente pertencente a uma humanidade. Porém, a liberdade pertence ao traço de um valor do homem enquanto indivíduo, portanto, traz ínsito um valor que tem na sociedade um grupo de indivíduos – e não uma totalidade. (BOBBIO, 1996, p.13). Aqui há um esclarecimento das razões pelas quais este trabalho opta pela liberdade e a igualdade, conjuntamente: na medida em que ambos valoram mais o pertencimento conjunto do ser humano, da mesma forma dão conta de levar (ou tentar fazê-lo) as premissas dos DDHH, exatamente porque os Direitos Humanos não pertencem a realidade de milhões de pessoas, e sua cartilha maior, a DUDH (BRASIL, 2009j) não guarda a função de ser “lei obrigatória”, a mercê de corresponder à proteção interna de cada País, e, igualmente, proteção internacional – estas inquestionáveis<sup>93</sup>.

Para que se possa avançar na proposta deste, propõe-se apresentar um breve contexto dos conceitos da liberdade e da igualdade, partindo desde as primeiras declarações, com a intenção de justificar e de melhor realçar a escolha dentre os princípios norteadores que foram ali assentados na validade de suas disposições. As primeiras declarações correspondem aos primeiros instrumentos jurídicos, e tiveram como premissa a doutrina dos direitos naturais. Locke foi seu grande representante. Em seu discurso assentara o estado de liberdade e o estado de igualdade na concepção do poder político, os quais inseridos nas declarações,

---

<sup>93</sup> Na sua origem a DUDH, conforme já anotado neste foi aprovada por 48 países, Estados-Membros presentes à Assembléia Geral da ONU, com a abstenção de apenas oito Países (IKAWA, PIOVESAN, ALMEIDA, et alii, 2006). Entretanto, a DUDH de 1948 não tem a equivalência da formalidade de um tratado multilateral. Na verdade, ela foi considerada pelas Cortes Internacionais na condição de “costume internacional”, mas convém esclarecer que referida declaração, apesar das críticas, não possuía caráter normativo obrigatório em face dos Estados, qual seja, funcionava como uma recomendação ou uma carta de intenções das Nações, sem a força e o efeito da lei. Atualmente esta “dispensa normativa” tem sido enfrentada pela doutrina sob o argumento de que a Declaração tem força jurídica vinculante, por muitas razões, como por exemplo, conter princípios gerais do Direito, sobretudo por estar inserida no direito costumeiro internacional. Quanto a esta questão, no que se refere ao Brasil, quatro aspectos merecem citação – *uma*, a recepção da prevalência dos DDHH, conforme consta da CRFB/88, no art. 4º, II, (BRASIL, 2009a); *segunda*, a adesão do Brasil ao estatuto do Tribunal Internacional Criminal, um marco na jurisdição internacional (PIOVESAN, 1999, p.250); *terceira*, o reconhecimento pelo Estado Brasileiro da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Decreto Legislativo 89/1998 (idem, ibidem); *quarta*, conforme registra Piovesan (1999, p. 251-252), passados trinta anos da Criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil aceita sua competência rompendo com a tradição de aceitar direitos de âmbito internacional e, ao mesmo tempo negar-lhes as devidas garantias internacionais de proteção. Se tudo isto começou com a DUDH, há razão para continuar dando-lhe importância, relevância e destaque, que já possui e há de continuar sendo firmado nos ordenamentos jurídicos dos ESTADOS.

correspondem às pretensões juridicamente reconhecidas e protegidas contra violações e que vão levar o acolhimento dos direitos fundamentais na DUDH e que passam a ser protegidos não apenas no âmbito do Estado, mas também contra o próprio Estado. (BOBBIO, 2009, p. 82-83).

Com a DUDH (BRASIL, 2009j) a proteção dos direitos naturais ganha eficácia jurídica e valor universal<sup>94</sup>, enquanto o indivíduo alça a condição de sujeito de uma comunidade estatal para a condição de sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal. Em outras palavras, a liberdade e a igualdade referidas no artigo não são um fato, mas um direito, mas precisamente um direito que deriva do ser humano, antes mesmo que de uma constituição positiva (BOBBIO, 2009, p. 84-85) e, da mesma forma, os conceitos da liberdade e da igualdade referidos nos documentos internacionais, redimensionaram-se até ganhar as atuais conotações de pertencimento à atualidade.

Bobbio a respeito do significado de liberdade aponta na sua concepção clássica – e aqui há referência ao que consta nos documentos apontados – ligação com liberdade religiosa, de pensamento, de reunião, associação; ou uma liberdade ligada à pessoa – fazer ou não fazer. Com o Contrato Social de Rousseau a liberdade ganha o significado do conceito atual: a obediência a lei que prescrevemos a nós mesmos, de onde se originam a liberdade civil e a liberdade política. Com o desenvolvimento da teoria política da liberdade, esta se apresenta a partir dos seguintes aportes: o ser humano deve ter alguma esfera de atividade pessoal protegida contra as ingerências de todo e qualquer poder, inclusive o estatal; o ser humano deve participar de maneira direta ou indireta da formação das normas; o ser humano deve ter o poder efetivo de traduzir os comportamentos previstos nas normas constitucionais em uma forma concreta, suficientes para uma vida digna. (2009, p. 87-90).

Também o direito da igualdade sofreu alterações desde a sua concepção clássica, passando pelos documentos de ordem internacional até os conceitos pertencentes à contemporaneidade de tal forma que devem ser tratados do mesmo modo todos os homens pertencentes a mesma categoria.

Bobbio registra que há necessidade de dois aspectos para a sua identificação: O

---

<sup>94</sup> A expressão “universal” merece uma distinção. A referência ao “universal” vem de “universalidade” que é tomada na concepção da DUDH. Sob tal viés, seu sentido tem ínfima relação com o assentamento do homem colocado uns com os outros em um padrão de todos, com acesso aos direitos pelo fato de sua humanidade e mediante a tônica da responsabilidade. Não é, pois, uma universalidade que coloca todos em uma massa de iguais, uns e outros, uma humanidade sem distinção e sem acesso a um mínimo de catálogo de direitos individuais e coletivos.

primeiro: a “Igualdade em quê?” A resposta, segundo anunciado pelo professor, confirma que os seres humanos são iguais em dignidade<sup>95</sup> e em direitos, o que significa, na prática, que os direitos fundamentais constituem um mínimo denominador comum das legislações de todos os países e iguais no usufruto dessa liberdade; o segundo, a “Igualdade entre quem?” há referência aos Direitos Fundamentais e, desta forma, a resposta refere-se a igualdade entre todos, e não apenas aos pertencentes a uma determinada categoria de direitos fundamentais, ora de diversificação do diferente, ora de unificação do Direito (2009, p.92-93), tal qual consta do artigo 2, parágrafo 1º, da DUDH (BRASIL, 2009j)<sup>96</sup>.

O princípio constitucional da igualdade neste estudo está sendo apresentado na acepção de igualdade substantiva, para contrapor às relações (não) fraternas, não responsáveis por seu construto histórico e a oportunização ao estado de igualdade, cuja tradução é contrária à igualdade “estática” que coloca todos em uma aparência de igualdade, ao invés de contemplar a inclusão ao processo democrático e ao estado ideal e igualitário de oportunidades.

Portanto, a concepção de igualdade substantiva antes anotada, há de ser

---

<sup>95</sup> A respeito da “dignidade da pessoa humana”, e pela ampla discussão no meio jurídico, que cobrou a participação de todos eventualmente interessados, mediante inscrição e debate em audiência pública, e que é de longe o processo que angariou mais participação da sociedade como um todo, adequadamente representada para estar em juízo, anota-se o fundamento inserido a tal respeito em Alegações Finais, que foram produzidas em face da ADPF nº 54, assinada pelo advogado Dr Luís Roberto Barroso, representando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS): 16. A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio que move o processo civilizatório em múltiplas dimensões. Na *religião*, ela se manifesta em um dos postulados da civilização judaico-cristã, que é o respeito ao próximo. Todos são igualmente dignos perante Deus. Na *filosofia*, é a dignidade que informa o imperativo categórico kantiano, dando origem às proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima de sua conduta pudesse se transformar em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. 17. No plano *jurídico*, a dignidade da pessoa humana figura, desde o final da 2ª. Guerra Mundial, em quase todos os documentos internacionais relevantes, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (BRASIL, 2009j). No direito constitucional, está referida em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988, o princípio está inscrito no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, individuais, políticos e sociais. 18. O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. Uma das suas manifestações concretas se dá pela via dos chamados *direitos da personalidade*, que são direitos reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado. Tais direitos se apresentam em dois grupos: (i) *direitos à integridade física*, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) *direitos à integridade moral e psicológica*, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, dentre outros. (BRASIL, 2009a).

<sup>96</sup> “Art. 2º, 1. *Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.*” (BRASIL, 2009j).



compreendida no presente trabalho, a partir de três ângulos que dão sustentação ao conceito, quais sejam - enquanto igualdade, enquanto igualdade substantiva, e, após, enquanto igualdade substantiva na correspondência de restar assegurada pelo Estado, e também assegurada por esferas internacionais.

O primeiro sentido, igualdade é protegida internamente e, após, internacionalmente. Daí que, os Estados Democráticos dão atenção especial ao princípio da igualdade, de modo que todos com ela e em torno dela hão de se empenhar. Assim se esboça a atenção a um “princípio da diferença”, conforme registra BIDEI (2006, p. 786), entre indivíduos que se reconhecem livres e iguais, a partir de uma posição de igualdade de tal forma que desigualdades (riqueza, renda, liberdade e poder) possam ser reduzidas.

O segundo sentido, na dimensão de igualdade substantiva atende o objetivo de dar conta de uma transposição para o sistema constitucional e, portanto, atende a novas necessidades, razão pela qual é dita substantiva passando a deter a qualidade de substantiva de onde ocorre novas necessidades de atuação em novos rumos.

É preciso que se compreenda que o estado de liberdade – que é o estado do estar livre – distingue-se do que pode ser interpretado como estado de igualdade, e da mesma forma, como princípio constitucional da esfera jurídica. Há uma conduta política, e há uma conduta jurídica para a promoção, interpretação e violação da igualdade. A conduta político-social esperada, voltada para a regulamentação, pode ser assim traduzida: das pessoas (capacidade e oportunidade); para as pessoas (equidade e dimensão) e pelas pessoas (empoderamento); e, “para” e “pelos outros” (equanimidade, amorosidade).

Ora, sobre a conduta político-legislativa e a jurídica, interessante anotar o que refere Mauro Cappelletti (2008, p. 7 e 20), sobre a atividade legislativa, referindo-a por “poluição legislativa” “orgia legiferante”, ou sobre a atividade jurisdicional, no caso “a criação judicial do Direito”. E continua:

O resultado está neste Estado Assistencial, *État providence* ou *welfare state*, que, fosse pelo uso intensivo de seus instrumentos legislativo caracterizou-se de início como “Estado Legislativo”, acabou transformando-se num Estado sempre mais acentuadamente caracterizável como “administrativo e “burocrático”. (CAPPELLETTI, 2008, p.8)

O Direito Jurisprudencial seria antimajoritário, e antidemocrático, especialmente – mas tão somente por isso – quando se traduz num controle de validade do Direito Legislativo e, pois, num “obstáculo” à vontade popular expressa pelas maiorias. (CAPPELLETTI, 2008, p.20).

Desta forma, cria-se uma lógica circular de igualdade *versus* desigualdade e,

estando ausente o estado de igualdade, ainda que proclamada pela lógica jurídica, e inserida no texto constitucional, não cria vínculos se não reconhecida, pelo contrário, pode ser facilitadora de riscos.

O sentido do princípio da igualdade também alcança outros significados<sup>97</sup> e, na construção e identificação da prática dos Direitos Humanos, com o sentido de compreender a afirmação destes, tem-se como fundamental apontar alguns outros contextos para tradução do referido princípio.

A orientação para tanto, é que, ao examinar o papel dos DDHH quanto ao seu desenvolvimento, há de se levar em conta a importância instrumental dos direitos civis e políticos; se estão ausentes, são significativas da existência de diferenças discriminadoras que derivam do pertencimento a este ou a aquele Estado; se presente, assentam a lógica jurídica do *status* político, simbólica e representativa do princípio da igualdade, no seu viés de conter a eliminação da discriminação.

Fundamentalmente a igualdade, neste aspecto entendida como agente de discussão para a eliminação da discriminação, segue sendo exemplificada, para que se possa melhor compreender o artigo 2º, parágrafo 2 da DUDH (BRASIL, 2009j), “[...] distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa”, que é condizente com a enunciação dos princípios válidos perante a comunidade internacional, posto que a igualdade em relação aos direitos fundamentais decorre do “processo de gradual eliminação de discriminações” (BOBBIO, 2009, p. 93).

Far-se-á uma tentativa de ilustrar o quadro atual da questão ora proposta, ciente de que, conforme nos alerta Herrera Flores (2004, p. 360), comentar sobre os Direitos Humanos na atualidade supõe sejam enfrentados os desafios completamente diversos dos que foram enfrentados pelos redatores da DUDH (BRASIL, 2009j). Desde o princípio dos anos setenta até os dias que se nos avizinham, em razão de uma “geopolítica de acumulação capitalista baseada na exclusão” cujo nome atende por neoliberalismo<sup>98</sup>, ocasionou-se a erosão das

---

<sup>97</sup>Bobbio indica os seguintes significados para o princípio da igualdade, tomada na eliminação das discriminações: 1.naturais, como a raça (e cor) e o sexo; 2.Histórico-sociais, como a religião, a opinião política, a nação (e língua) e a classe social; 3.Jurídicas, o status político ou civil que deriva do pertencimento a este ou aquele tipo de Estado.

<sup>98</sup>A expressão traduz o liberalismo da atualidade, notadamente, da globalização e da internacionalização. Rawls é considerado um dos fundadores do neoliberalismo. Seu legado teórico é considerado a Carta Filosófica da democracia liberal (ARNAUD, 2006). O ponto central do discurso liberal clássico é o livre desenvolvimento do indivíduo mediante uma garantia de condições mínimas às pessoas, sob a lógica da promoção dos capitais com o sentido primeiro de dar eficiência ao próprio funcionamento do sistema.

funções do Estado. Se na fase de inclusão, os direitos eram barreiras contra os “desastres”, na fase de exclusão, é o mercado que atende e informa as normas, inclusive ditando a fórmula com que os direitos e as instituições democráticas opõem ao desenvolvimento capitalista e de mercado (FLORES, 2004, p.360).

Um exemplo do que é dito, tem-se no mercado de trabalho, o qual pode traduzir oportunidade e ícone de libertação em variados contextos. Significativa e curiosa é a disposição em que situações como estas se apresentam. Há facilidade de interpretar a questão econômica (pobreza) como a matriz principal da distribuição do trabalho pelo mundo a fora. Na verdade outras questões se apresentam, tais como as que nos fornece Amartya Sen, “representadas pela disponibilidade ou não de tipos específicos de informação, a presença ou não de economias de grande escala”, todas influenciam “as possibilidades efetivas e impor limitações reais ao que se pode ser realizado mediante várias formas institucionais do mecanismo de mercado” (SEN, 2000, p.141).

A questão da pobreza na recolocação e distribuição de trabalho, no contexto da desigualdade, enquanto relevantes para as políticas públicas e, também, apresenta-se significativa para a obtenção de ferramentas ao acesso dos recursos necessários a uma vida decente<sup>99</sup>, na maioria das regiões do mundo, incluindo a Europa e a América do Norte, com o sentido de pressuposição de que o aspecto da desigualdade entre os sexos não se aplica ao nível básico dos países “ocidentais”, pode ser enganosa, conforme revela Amartya Sen: a Itália apresenta uma das maiores discrepância entre trabalho não reconhecido feito por mulheres e trabalho reconhecido incluído na contabilidade nacional tradicional. (2000, p. 111).

De outro lado, um quadro que muito ilustra a força das necessidades econômicas, que fatalmente é levada muito mais em consideração do que outras pretensões, que na concepção prática, enunciativa de não realidade dos DDHH para milhões de pessoas no mundo, têm-se no relato seguinte:

Na orla do golfo de Bengala, no extremo sul de Bangladesh e Bengala ocidental, na Índia, situa-se o Sunderban – que significa “bela floresta”. É ali o hábitat natural do célebre tigre real de Bengala, um animal magnífico dotado de graça, velocidade, força e uma certa ferocidade. Restam

---

<sup>99</sup> Segundo Jacques Delors, em qualquer nível de desenvolvimento, as três principais possibilidades são: ter uma vida longa e com saúde; adquirir conhecimento; e ter acesso aos recursos necessários a um nível de vida decente. Na falta de tais possibilidades fundamentais, muitas outras permanecerão inacessíveis. (2004, p. 81).

relativamente poucos deles atualmente, mas os tigres sobreviventes estão protegidos por uma lei que proíbe caçá-los. A floresta de Sunderban também é famosa pelo mel ali produzido em grandes aglomerados naturais de colméias. Os habitantes dessa região, desesperadamente pobres, penetram na floresta para coletar o mel, que nos mercados urbanos alcança ótimos preços – chegando talvez ao equivalente em rúpias a cinquenta dólares por frasco. Porém, os coletores de mel também precisam escapar dos tigres. Em anos bons, uns cinquenta e tantos coletores de mel são mortos por tigres, mas o número pode ser muito maior quando a situação não é tão boa. Enquanto os tigres são protegidos, nada protege os miseráveis seres humanos que tentam ganhar a vida trabalhando naquela floresta densa, linda – e muito perigosa.<sup>100</sup> (SEN, 2000, p. 173).

Se a pobreza impele os seres humanos a correr riscos tão terríveis – e talvez mortes tão igualmente terríveis, concentrar-se na proteção dos DDHH é uma concepção que um país pobre não tem como empreender se não puder recorrer a uma condição de tratamento igualitário perante os seus e perante a comunidade internacional, dotando-lhe de equipamentos e meios que visem a eliminação da pobreza, para o qual a igualdade jurídica<sup>101</sup>, a igualdade das oportunidades<sup>102</sup> e a igualdade de fato<sup>103</sup>, precisam instrumentalmente ser possíveis a todos os membros de uma sociedade, na “condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa” (artigo 2, parágrafo 2 da DUDH).

De igual sorte, fica aqui também um registro, a mercê de que não se está aqui a fazer a apologia de que atualmente reduziu o mundo planificado do trabalho, de forma a requisitar de forma exaustiva e sem limite o maior número de jovens para o trabalho escravo, ou de que alerta Hannah Arendt a respeito do risco da emancipação do labor na era moderna: que deixe de trazer liberdade para todos, mas ao contrário, subjogue toda a raça humana, pela primeira vez, à necessidade. O sentido, não é a emancipação das classes em relação ao

---

<sup>100</sup> A situação ainda persiste no momento presente. Veja a notícia que circulou no Globo Notícias. Em 31/12/08 - 10h30 - Atualizado em 31/12/08 - 15h24. **Jovem tigre real de bengala está preso em zoológico da Índia** - Animal não poderá mais voltar para seu habitat natural. Ele é proveniente do maior mangue do mundo: “Um jovem tigre real de bengala não voltará mais para seu habitat natural. Proveniente do maior manguezal do mundo chamado Sunderbans, foi capturado ferido por moradores no vilarejo de Jharkali. De acordo com um funcionário do governo que trabalha no local, o felino perdeu sua capacidade de caça. Agora, ruge no Zoológico Alipore, em Calcutá”. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL939996-5602,00.html> Acesso em 18 jan.2010q.

<sup>101</sup> Igualdade que faz todo membro de um grupo social (até a criança) um sujeito jurídico, dotado de capacidade (BOBBIO, 1996, p. 29-30).

<sup>102</sup> Trata-se de uma aplicação da regra da justiça onde vários estão em competição, e que tem como objetivo colocar todos os membros daquela sociedade na condição de participar da competição pela vida, a partir de posições iguais. (BOBBIO, 1996, p. 30-31).

<sup>103</sup> É a exigência ou o ideal da igualdade real ou substancial. (BOBBIO, 1996, p. 32).

trabalho, mas a emancipação do homem em relação ao trabalho, de que alerta Marx. A emancipação do trabalho equivale à emancipação da necessidade, ou a emancipação em relação ao próprio consumo e a própria condição da vida humana. (2009a, p. 143).

É importante traduzir as relações e os desafios ao princípio da igualdade, mesmo porque, além do visível, há o invisível, no ponto em que o Direito traduz o que é juridicamente possível, mas que pode apresentar-se inadmissível, de tal forma que pesquisar a presença da igualdade requer uma conduta e uma atitude interpretativa a amparar os princípios e os direitos fundamentais envolvidos. De outro modo, o inadequado tratamento dispensado a hermenêutica constitucional pode comprometer o ideal de solução justa do caso prático.

A consolidação e a construção dos conceitos contemporâneos de direitos humanos e de democracia, inequivocadamente, afirmam o princípio da igualdade, o princípio da sociabilidade, o princípio democrático e o valor do pluralismo social, político, religioso, étnico e racial, dentre outros. (RIOS, 2004, p. 467)

As constituições e as Declarações de Direitos firmadas dão conta da importância da igualdade, como ocorre em algumas formulações clássicas, cujos exemplos, têm-se, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos (BRASIL, 2009i); ou, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (BRASIL, 2009j).

A seu turno, CRFB/1988 (BRASIL, 2009a) tem confirmado referida tradição:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - ...

II – prevalência dos direitos humanos;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]

I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Convém ainda realçar o seguinte aspecto: o fato de que o Estado Brasileiro não aceita a deliberação, via Emenda, tendente a abolir os direitos e garantias individuais, significa, nos termos do art. 60, IV, da CRFB/1988 (BRASIL, 2009,a), que à nação brasileira impõe o respeito e o cumprimento do tratamento igualitário, quer na dimensão organizacional

política, social, e no estabelecimento de convívio individual. A não ser assim restará caracterizada a violação ao princípio constitucional da igualdade.

Não se pode com isto ter a crença de que a determinação sozinha do texto constitucional terá o condão de traduzir em medidas efetivas em prol do respeito e da não violação ao princípio da igualdade. Isto também deve ser lido na sua própria dimensão da constitucionalidade de corresponder e dar-se conta dos fundamentos jurídicos.

Não é outra a lição seguinte:

O princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja. Não é obra de Deuses, nem de formas heterônomas, nem de forças exógenas que se impõem a uma sociedade com explicações místicas e mistificadas. O ser humano iguala-se ao outro quanto à sua natureza e à sua essência e desiguala-se em sua contingência humana e em sua continência social. O direito é o que a sociedade – ou muita vez, o eventual detentor da capacidade de ditar normas – diz que ele é. (ROCHA, 1990, p. 28)

Chega-se à questão da formalidade e da materialidade do princípio jurídico da igualdade. A transformação social que no Estado contemporâneo apresenta diversas faces tem de enfrentar uma grande façanha – a de implementar a justiça social, pelo viés da humanidade, redimensionando o conteúdo da igualdade jurídica.

Compete ao Direito, pois, segundo as novas ideias geradas, erradicar as desigualdades sociais criadas ao sabor de arbítrios legalitários, não bastando a mera formalidade do princípio jurídico da igualdade, mas a materialidade asseguradora da eficácia da igualdade (ROCHA, 1990, p. 41)

Frente a um Estado ausente, um Estado presente. “O Estado não pode criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana” (ROCHA, 1990, p.41). Frente ao comportamento cujo imperativo é a não igualdade que o Direito imponha a marca da aplicação do igual, do “direito a ter direitos” na acepção Arendtiana.

O direito a igualdade é o direito, cuja fundamentalidade em sentido material pode ser contemplado segundo a sua substância (conteúdo), serve de fio condutor – *fiancé* - dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade. Traduzido na lição da não discriminação, é o elo da manutenção da humanidade nas relações.

A não ser por ele, o cenário da realidade seria o de “necessidades superimpostas aos indivíduos por interesses sociais particulares ao reprimi-lo: as necessidades que

perpetuam a labuta, a agressividade, a miséria e a injustiça” (GARCIA, p. 180).

De igual sorte, firme no ideal da igualdade, de nada adiantaria a sua larga defesa, se não se puderem compreender as amarras ideológicas que o sustentam. Para tanto, muito tem sido dito. O debate jurídico é fecundo, mas é de vital importância a distinção de modo mais rigoroso e preciso – do que decorre da igualdade perante a lei e a igualdade nos direitos (ou dos direitos), e, a igualdade jurídica.

No dizer de Bobbio, a expressão igualdade de direito tem sido articulada em contraposição a igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material. A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada. Significa o igual gozo, por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. (1996, p.29)

Há desafios múltiplos na concepção do princípio da igualdade com vistas a não discriminação, mas nenhum, provavelmente, ressoe tão alto, no momento atual da sociedade brasileira, que a necessária tomada de consciência sobre a problemática, e depois, dela, conjuntamente, a hegemonia e a uniformidade com que são tomadas, formuladas e protegidas as políticas públicas. É, pois, de singular importância a percepção individual, o reconhecimento social e a atenção às representações e manifestações sociais pertinentes.

A ideia de que, na sua diminuição mínima, todos os homens pertencem a uma determinada igualdade, decorrente de uma determinada condição, é deveras paradoxal, porque, ao invés de redimensioná-las em um estatuto de igualdade de acesso mínimo de direitos, despreza-as no construto de desalento, e à míngua e a mercê de inclusão social, e, portanto, inferiorizadas e rebaixadas em sua condição humana.

De outro norte, é inquestionável que os Direitos Humanos respondem a valores que podem ser comportados no que se conceitua como responsabilidade, e também, se pode dizer que não tão distante, são, na atualidade, o código revelador da justiça do mundo contemporâneo<sup>104</sup>.

Comenta-se da dignidade humana, da liberdade, da tolerância, da diferença, da

---

<sup>104</sup> Nos termos já apresentados no primeiro capítulo e que estará sendo complementado na presente pesquisa no último capítulo, Bobbio defende três teses quanto a proteção dos Direitos Humanos e apresenta como pano de fundo, os Direitos do Homem, Democracia e Paz. Uma delas, a qual julgo pertinente a referência, pela importância que representa nesta pesquisa, sustenta que os Direitos Humanos tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico. (2004, p. 22).

solidariedade, da fraternidade, da igualdade – sendo que a igualdade nos remete aos iguais e aos diversos, a todos os homens e mulheres, na sua dignidade humana. Ainda que tais expressões possam pertencer à esfera da ética, é certo que pertencem a uma construção social, responsáveis pelo aporte histórico dos Direitos Humanos, tendo por isto mesmo, um construto social pertencente ao paradigma do desenvolvimento e da realidade social. Entretanto, é tarefa da proteção à efetiva projeção dos DDHH, reveladora de que, “[...] todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, 1999, p.1).

De igual sorte, firme no ideal da igualdade, pouco adiantaria a sua larga defesa, o seu rechaçamento pelo ordenamento jurídico, se houver a insistência na instalação de tantas desigualdades arbitrárias, e, sobretudo, se não puder serem compreendidas as amarras ideológicas em torno da não efetividade dos DDHH.

Nesta perspectiva, a não priorização dos fundamentos dos DDHH há de implicar na (des)construção ideológica, da neutralidade, da desconfiança e do desprezo para com o outro, tão disfarçados quanto concretas a dissimulação, o preconceito, a discriminação e a não inclusão nas políticas públicas, por isto mesmo, carecendo de amplo reconhecimento do estatuto jurídico e da construção histórica, e, sobremaneira de particular proteção.

O fato da liberdade e da igualdade serem ambas as condições ou metas almejadas por todos, ainda assim é utópico pensar em uma sociedade onde todos, absolutamente todos estão colocados e constituem uma sociedade de iguais e livres. Na realização prática já restou provado que em uma sociedade histórica, os homens (cor)respondem no sentido de que mais desejam ser livres do que serem escravos. De outro lado, sugerem que querem mandar ao invés de obedecer. Será por isto a lógica da dominação da natureza, do outro, dos povos e dos mercados, enquanto nos distanciamos da lógica da comunhão (dominação) do ser? Há mais ações de guerra<sup>105</sup> do que de paz, mais ações a obedecer do que planejar conjuntamente, menos no topo do que na base, enquanto que os homens de um modo geral preferem o justo ao injusto, a liberdade a escravidão, o bem ao mal. Isto não é paradoxal?

No dizer de Bobbio (1996, p. 9) o homem ama a igualdade e na mesma medida ama a hierarquia quando está em graus elevados. Mas há uma diferença entre os valores da

---

<sup>105</sup> Dos 3.400 anos de história da humanidade que podemos datar, 3.166 foram de guerra. Os restantes 234 não foram certamente de paz, mas de preparação para outra guerra. (BOFF, 2006, p. 24)



liberdade e os da igualdade. Não é contraditório, ainda que impraticável, imaginar uma sociedade de livres e iguais onde todos sejam absolutamente livres e iguais. Ao contrário é contraditório conceber uma sociedade onde todos sejam poderosos ou hierarquicamente superiores. Uma sociedade que comunga do ideal de autoridade é dividida entre os poderosos e os não poderosos, razão porque ao imaginar um tipo de sociedade como esta, somente na condição de estar entre os poderosos, ela é desejada. Portanto, a liberdade e a igualdade não são valores absolutos.

Da mesma forma, e segundo uma perspectiva da ordem pragmática, dificilmente pode-se defender a existência de Direitos Humanos compondo um sistema jurídico de validade universal e incondicional. Ao menos há de se ter em conta que o problema do fundamento dos direitos do homem apresenta-se a partir de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter (BOBBIO, 2004, p. 35), concluindo que a busca de um fundamento absoluto é uma ilusão que hoje não é possível, e por sua vez, é infundada.

Há nesta afirmação um paradoxo. De um lado, o absoluto, o irresistível, o indiscutível na seara dos DDHH, ainda que fundamentos mal plantados na medida em que as conseqüências práticas do real insistem em combater a lógica neutralizadora do universalismo jurídico, de outro viés, os DDHH estão a cobrar um mínimo de pragmatismo aplicado ao caso prático. Porque o fazer baseado nos direitos humanos, até agora, está firmado em pilares e princípios abstratos absolutos, que tem impedido de chegar a um verdadeiro compromisso pragmático sobre eles, a cobrar uma solução normativo-jurídica de conflitos derivados da pluralidade cultural e jurídica e que somente pode estar baseada no consenso da diversidade, na busca de um terreno comum, e não mutiladora do universalismo jurídico segundo uma tolerância positiva.

Fariña Dulce registra que o compromisso pragmático deve alcançar o extrato da perfectibilidade e do fazer acontecer, não se alcança somente tomando como base o princípio passivo e negativo da tolerância – porque somente se tolera o que não se aceita – nem sequer adotando uma concepção dogmática da democracia representativa, senão partindo de um pleno reconhecimento, de uma aceitação, de uma igualdade real das diferenças e diversidades culturais, na medida em que cada uma delas opera com os mecanismos de identidade e de integração social dos indivíduos e dos diferentes povos, em respeito à pluralidade e em termos de igualdade. (1997, p. 20-21).

Por mais que a polêmica universalismo/relativismo se converteu num “verdadeiro

beco de saída”, e tanto pode dar manutenção às condições opressivas como criar novos espaços modificativos do *status quo*, de que anuncia Baldi (2004, p.40),

Ora, a tarefa de reconhecer a diversidade tem sugerido que os seres humanos, ainda que não iguais, e, portanto, diferentes, plurais, diversos, hão de ser tratados com a perspectiva plena da igualdade, mas não segundo uma fórmula de hipótese formal – tal e como registra o formalismo jurídico kantiano da modernidade, e cuja insuficiência já foi demonstrada, senão incorporando a própria realidade. Em outras palavras, junto com a igualdade, caminha a diferença. É necessário entender a diferença, quer enquanto direito, quer enquanto realidade social, ou também segundo um princípio jurídico. (DULCE, 1997, p. 22).

Neste ponto convém uma indagação – como apresentar a solução para o reconhecimento dos DDHH? Ou talvez a pergunta seja outra: de que forma os DDHH devem se mostrar? Ou ainda outra: Onde podem ser encontrados os DDHH? A resposta – ou as respostas – deve(m) incluir a aceitação das manifestações sociais e, de acordo com a concepção normativo-jurídica, cobra distinções quanto a matriz da igualdade, posto depender da análise implementadora da prática de tais direitos – da análise de sua eficácia e de sua efetividade.

De acordo com Bobbio é distinta a igualdade perante a lei da igualdade de direito, a igualdade nos direitos (ou dos direitos, segundo as diversas formulações) e a igualdade jurídica. A igualdade de direito é usada em contraposição à igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material. A igualdade nos direitos (ou dos direitos) é algo a mais que a igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada, eis que pode ser anunciada como igual gozo por parte dos cidadãos da assunção de alguns direitos fundamentais. (1996, p. 29).

Desta maneira, independentemente da resposta ou das possíveis respostas que foram formuladas anteriormente, a tradução delas, no contexto deste estudo, requer a compreensão do sentido da igualdade. Se assim não for, a fraternidade poderá ter dificuldades de se apresentar porque um de seus sentidos é exatamente o binômio exclusão *versus* inclusão (VIAL, 2005, p. 1481)

Na perspectiva do princípio constitucional da igualdade, o desmantelamento das práticas absolutistas, mantenedoras de sua própria ideologia, requer uma mudança – anúncio dela, para que, desta forma se possa denunciá-las, mais uma vez, uma vez mais, e outra vez se preciso.

No dizer de Touraine,

“Quando os membros de uma sociedade se definem pela própria capacidade e vontade de mudar ao invés de manter uma ordem estabelecida, eles não podem mais ser definidos apenas pela sua pertença social. Um ator social nasceu. Mas ele é muito mais do que a consciência de si vista separadamente da consciência dos outros; ele carrega consigo a idéia de direito à liberdade e à criação, de um direito natural que pertence a todos. E a afirmação destes direitos significa que os indivíduos implicados sentem-se participantes das iniciativas que estimulam a sociedade a se transformar [...].  
(2006, p. 35).

O universo da aceitação não pertence, na verdade, a teoria dos DDHH, mas dele é inerente, não nasce da teoria jurídica, não é derivada de grandes pensadores ou façanha de grandes estrategistas. Essa concepção se não é traduzida na prática da realidade social, vinga como uma ideia nascida paralela à justiça, fora dela, que depois se instala em uma prática dos justos, por conta de uma mesma prática que visa proteger o homem e que requer controles sociais em prol de um sistema de troca, de demanda de grupo e exercício de poder, e, muito provavelmente, da manutenção da materialidade e da riqueza. O que convenhamos é contrária à lição dos DDHH.

Conforme refere Hannah Arendt,

Se for verdade que somos dominados pelo processo de Hobbes de infundável acúmulo de poder, então a organização da ralé levará inevitavelmente à transformação de nações em raças, pois nas condições da sociedade acumuladora não existe outro elo de ligação entre indivíduos, já que, no próprio processo de acúmulo de poder e expansão, os homens estão perdendo todas as demais conexões com os seus semelhantes. (1989, p. 187)

Porque a realidade é tal que a tendência é negar o reconhecimento dos DDHH, justamente pela dificuldade de não vislumbrá-lo no cenário das relações, sendo, pois, de singular importância a percepção individual, o reconhecimento social e a atenção às representações e manifestações sociais pertinentes.

Há desafios múltiplos na concepção do princípio da igualdade com vistas a não discriminação, mas nenhum, provavelmente, ressoe tão alto, no momento atual da sociedade brasileira, que a necessária tomada de consciência sobre a problemática, e depois, dela, conjuntamente, a hegemonia e a uniformidade com que são tomadas, formuladas e protegidas as políticas públicas, cujo espaço deve ser a afirmação das diferenças e a construção da igualdade, ou, na conclusão de Farinas Dulce: em uma pretendida peculiaridade cultural, como mínimo do respeito à dignidade e da autonomia de todos os seres humanos, e do rechaçamento a todo tipo de repressão e dominação, que busque incorrer em uma prática significativa e contextual, menos absolutista e menos idealista. (1997, p. 24).

Para que possa ser dada continuidade à análise dos questionamentos propostos, notadamente quanto a tarefa de implementação que há de ser posta em prática quanto ao reconhecimento dos DDHH, tendo sido analisado o contributo prestado pelo princípio da igualdade, passa-se a assinalar quais as questões se apresentam decorrentes da construção teórica e prática dos DDHH e, assim, prever alguns pontos dos prováveis questionamentos decorrentes da produção de sua normatividade que a partir daí são e estarão sendo estabelecidos.

### **3.2 As Lições dos DDHH: A produção de Normatividade nos Documentos Internacionais e nos Textos Constitucional e os “pactos” (trans)geracionais de responsabilidade**

O objetivo desta parte da pesquisa é propor uma reflexão em torno de algumas lições dos DDHH quanto a dimensão da produção de normatividade que se estabelece tendo, de um lado, os Direitos Humanos como pano de fundo, e de outro, os documentos internacionais e o texto constitucional porquanto sinalizadores de referida produção e, a partir daí, sustentado na “fraternidade” anunciada no artigo 1º da DUDH (BRASIL, 2009j)<sup>106</sup> e no catálogo de Direitos Humanos sinalizadores de gerações, conforme ali assentados, verificar o pacto de responsabilidade que se avizinha a partir das dimensões “solidário” ao “fraterno”.

Neste estudo, a produção de normatividade e seus reflexos na produção do Direito hão de ser compreendidos sob a conotação de que o ordenamento jurídico repousa na norma fundamental, um de seus sentidos, ainda que não o único. Portanto, os participantes de uma sociedade devem valer-se dos documentos pertencentes a duas matrizes: uma, de ordem internacional<sup>107</sup> e a outra pertencente a esfera constitucional (BRASIL, 2010c, 2010d,

---

<sup>106</sup> DUDH (1948) (BRASIL, 2009j): artigo 1: Todos os homens nascem livre e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade. (BRASIL, 2009j)

<sup>107</sup> A respeito do enfrentamento da questão da ordem normativa – doméstica *versus* internacional, o Estado Brasileiro, pode-se dizer, fez uma opção, com a EC 45/2004 (2009b). À título de ilustração, e sem pretender esgotar os exemplos, têm-se a questão da equivalência à emenda constitucional, com a introdução do § 3º ao art. 5º, CRFB/88 (BRASIL, 2009a), alvo de discussão na ADPF 182, referida em nota neste trabalho, e que consta

2010e)<sup>108</sup> para ter um sistema de Direito, um modelo de ação e de processo. De igual sorte, não se poderia deixar de agregar a comunidade internacional, de tal forma que o espaço internacional junto ao doméstico, na medida de um direito acessível a todos – ou que pretenda ser reconhecido e se esforce para assim se fazer – sejam garantidores de direitos.

Por produção normativa adota-se neste o assentamento da origem, da natureza e da evolução dos direitos humanos tomados em sua perspectiva de construção histórica, de acordo com a influência de viés jurídico, conforme já examinado em pontos anteriores desta pesquisa. O objetivo é referir alguns aspectos relevantes a respeito da temática, de modo especial para garantir uma adequada compreensão da função dos Direitos Humanos, cuja essência e razão residem no reconhecimento de tais direitos, anotando que é, conforme já foi neste apresentado, a partir do reconhecimento e da consagração pelos documentos internacionais e pelas constituições, na plenitude de suas respectivas vigências, que assume destaque o assentamento e a recepção normativa.

A necessidade de voltar-se para essas antigas preocupações – que também são novas se colocados no contexto da atualidade, razão pela qual, é necessário antes, examinar os elementos estruturais que são cogitados pela concepção dos fundamentos dos DDHH tendo como pano de fundo a sua produção normativa.

Sobre referida linha de compreensão, Pérez Luño afirma que, embora, na década

---

das referências, e, da mesma forma, a questão do prazo razoável, com a introdução do inc. LXXVIII ao art. 5º, CRFB/88 (BRASIL, 2009a, que o Brasil já havia recepcionado desde 1992 com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 2008k). Entretanto, com tais dispositivos, insistiu-se pelo reconhecimento do bloco constitucional expresso na Constituição.

<sup>108</sup> Sobre a questão ora examinada (a produção de normatividade e a produção do Direito), no REsp nº 687.903-RS, publicado no DJ em 19/11/2009, que teve como Relator o Ministro Ari Pargendler, anota-se dois trechos do referido voto com o objetivo de melhor enfatizar a esfera do caso concreto: “[...]O Direito, disse Oliver Wendell Holmes, não se esgota na lógica, é também e fundamentalmente experiência. O juiz, por isso, deve atentar para os resultados práticos de suas decisões, que podem orientá-lo para uma melhor compreensão do direito positivo. É que o ordenamento jurídico só cumpre sua função se o modo como regula as relações sociais é bem sucedido. A compreensão de que o nosso direito positivo assegura tutela qualificada ao texto constitucional, seja quanto à abrangência, seja quanto ao rigor dessa tutela, exige do juiz que atribua à Constituição o máximo de efetividade. A tutela da Constituição é abrangente.” e “[...]Há razões para esse tratamento especial. Um juízo acerca da conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida e inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito, e vice-versa. A hipótese é de ofensa à Constituição, e não de violação de lei. Declarando inconstitucional lei conformada ao texto constitucional, o julgado aplica a Constituição, equivocadamente. É preciso que isso fique claro: a sentença que aplica lei inconstitucional tem a mesma natureza daquela que deixa de aplicar lei constitucional, lesando em ambos os casos a Constituição”.

Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2681985&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2681985&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=51&formato=PDF) Acesso em 10 jan.2010d.

de cinquenta tenha sido a tônica da ciência jurídica, o antiformalismo, o discurso do desprestígio do direito legal e o modismo do direito alternativo dos juízes legisladores, o tempo e a experiência demonstraram, cada qual a seu modo, o alto custo social e político desses fundamentos que, verdadeiramente, estavam ligadas a um discurso antidemocrático ou democraticamente cético. Assim, os procedimentalistas são representativos de um esforço no sentido da garantia, pela via do procedimento, de um equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, tanto nas relações entre particulares e na relação destes com os poderes públicos. (LUÑO, 1996, p. 18-20).

Por isto que se pretende fazer legitimar um discurso cuja tônica advém da segurança jurídica, primada na base constitucional, com “combinação de política estatal constitucionalizados com expectativas constitucionalizadas direcionadas aos cidadãos” (DENNINGER, 2003, p. 37) que vem alicerçada segundo uma concepção de instrumentalidade voltada para a responsabilidade que, ou não diz nada, ou diz algo já de todo incompatível com o saber de hoje, mas que se faz necessária no nível do sistema constitucional, anunciando a chegada de uma transição de um sistema de regras “limitativas” para um sistema de normas dinâmicos, orientado e moralmente exigente, (DENNINGER, 2003, p. 37), que se não denunciada, poderia macular a almejada segurança.

Fala-se dos direitos de defesa dos indivíduos, depois em direitos sociais e culturais, e por último os direitos específicos do homem – a solidariedade e a fraternidade e, também em direitos fundamentais à informação, à biotecnologia, biomédica, direitos de convivência em uma sociedade (SARLET, 2001, p.50-55)

Tais direitos classificados em 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª gerações - ou dimensões (LAFER, 1988, p.127-145; SARLET, 2001, p.48-60) referem-se ao conjunto dos direitos do homem, sucessores dos direitos jusnaturalistas, e que compõem na atualidade a cartilha dos direitos humanos e a relação dos direitos fundamentais assentados no texto constitucional.

Tratados, acordos, leis, declarações e compromissos não são e não foram suficientes para que o efetivo respeito ao ser humano - enquanto ser dotado de direitos individuais e coletivos - fosse uma constante entre os povos. A posição de vigília e de pronta atividade é fator fundamental para que se mantenha um padrão mínimo de respeito à promoção e proteção de tais direitos.

Ocorre, na perspectiva dos DDHH, há duas esferas de onde é extraída a base

protetiva – uma que está contida nos documentos normativos internacionais; e outro que é produzido na esfera doméstica, pertencente à produção normativa que compõe a atualidade, do ordenamento jurídico nacional, composto principalmente através dos textos pertencentes à ordem constitucional, ou, conforme registra Flávia Piovesan, ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção com o fito de internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África, consolidando a convivência do sistema global – com instrumentos das Nações Unidas – e o sistema regional – instrumentalizado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos Direitos Humanos. (1999, p.243).

O Poder Constituinte dos Estados cada vez mais está sendo assentado com base em novas regulamentações<sup>109</sup>, decorrentes de direitos representativos de lutas e processos de reconhecimento ocorridos em seu espaço territorial, da mesma forma, paradoxalmente, este mesmo Poder Constituinte está sofrendo as alterações de seus marcos e a mudança de sua paisagem, as quais foram assentadas longe de seu espaço. Entretanto, o contexto é tal que, cada vez mais, os documentos internacionais influenciam a ordem jurídica pertencente a um dado espaço nacional, razão porque está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional.

A medida e o sentido se assentam de tal maneira que os documentos de cunho internacional, pertencentes à matriz do direito internacional, detêm força suficiente – e de fato isto se dá – para ser parâmetro de validade das constituições domésticas. A partir da CRFB/1988 (BRASIL, 2009a), que representa um marco – ou a saída dos movimentos ditatoriais, e bem por isto, o retorno e o encontro do “processo de democratização, iniciado em 1985”, é que no caso brasileiro, deu-se o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus importantes instrumentos. (PIOVESAN, 1999, p. 246).

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Brasil passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. O marco inicial da

---

<sup>109</sup> DELMAS MARTY, sobre as novas regulamentações, as divulga em dois tipos de “desordem normativa” – a “suave” e a “vaga”. A primeira, a suave refere-se aos efeitos econômicos, enquanto que a vaga decorre dos direitos do homem, sendo que, a referência ao Estado decorre de ser este titular singular do poder normativo e garantidor da estabilidade, permitindo localizar as normas no espaço e circunscrevê-las no tempo, e revela que a desregulamentação é indispensável ao equilíbrio e ao progresso econômico, longe de exprimir a desaparecimento das normas, permitem o surgimento e a proliferação de novas formas de regulamentação. A desregulamentação não é o inverso da regulamentação, mas um reemprego das normas, segundo outros dispositivos. (2003, p. 72-73)

incorporação, no Direito brasileiro foi a ratificação em 1989 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir daí muitos outros importantes instrumentos internacionais de proteção<sup>110</sup> foram incorporados em *Terra Brasilis*, sob a égide da Carta Magna de 1988. (PIOVESAN, 1999, p. 246).

De outro viés, com o objetivo de atender o primado dos Direitos Humanos, conferindo-lhe prioridade e relevância, a teor de princípio orientador das relações que ensejam tratativas internacionais, bem como objetivando atender as expectativas da comunidade internacional, no sentido de uma imagem mais positiva do Estado Brasileiro, tais esforços foram essenciais para a incorporação dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos no texto constitucional. (PIOVESAN, 1999, p. 246)

A dignidade humana – art.1º, III, CRFB/1988 (BRASIL, 2009a)<sup>111</sup> – impõe-se como núcleo básico sustentador do ordenamento jurídico brasileiro, e com tal característica tem sido utilizado como critério de valorização de forma a orientar a interpretação do sistema constitucional e de sua ordem. A dignidade humana em conjunto com os direitos fundamentais constituem os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e de seus valores éticos sustentadores.

Neste contexto de fidelidade à dignidade humana que se busca dar conta de uma interpretação do disposto no art.5º, §2º da CRFB/1988 (BRASIL, 2009a)<sup>112</sup>, na condição de interação entre o direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos.

Forte no embasamento de que o Poder constituinte dos Estados e, conseqüentemente, na contemporaneidade, as respectivas Constituições nacionais, de uma forma paulatina, têm sido vinculadas a princípios e regras de direito internacional. Com isto o Direito Internacional ganha posições impensadas tempos atrás, e, desta forma, os Tratados

---

<sup>110</sup> A partir da CRFB/1988, 2009a: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 20 de julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995. (PIOVESAN, 1999, p. 246).

<sup>111</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade humana. (BRASIL, 2009a)

<sup>112</sup> Art.5º - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (...)

§2º - os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados, internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2009).



pertinentes aos Direitos Humanos tem sido guindado aos parâmetros de validade na dimensão das Constituições nacionais, tais quais as próprias constituições nacionais. O contrário corresponde à violação das normas do *jus cogens* internacional.<sup>113</sup>

Em matéria de proteção dos DDHH, o alcance das obrigações convencionais internacionais passou por muitas alterações e se avizinham muitas mudanças. Deve-se ressaltar que os Tratados de Direitos Humanos impõem efeitos tanto na ordem jurídica doméstica, quanto na internacional, a partir da ratificação. Trindade aduz que ao ratificarem tais tratados os Estados Partes contraem obrigações gerais consignadas naqueles tratados (e não somente seus governos). Uma necessária importância é a de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos - o que muitas vezes requer medidas que guardam resultados de condutas que envolve engenho no ordenamento jurídico interno, bem como condutas positivas que visam dar efetividade às normas convencionais de proteção (1999, p.33). Aliás, conforme constam do art. 5º, § 2º da CRFB/1988 ao determinar: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 2009a).

O Estado brasileiro, referindo-se expressamente aos tratados de DDHH conferiu a tais tratados o efeito da incorporação *ipso facto* ao direito interno brasileiro, na esfera do qual passam a ter aplicação imediata (TRINDADE, 1999, p. 34). Assim, não é necessária a produção de um ato normativo de forma a reproduzir no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art.5º, §1º, CRFB/1988 (BRASIL, 2009a) que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Com isto, se de um lado para os tratados internacionais em geral há a exigência da intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a vigência e obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, quanto aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais ali assegurados, na regra do art. 5º §§ 1º e 2º, CRFB/88 (BRASIL, 2009a), passam a compor o elenco dos direitos fundamentais consagrados pelo alcance do arco constitucional, sendo imediatamente exigíveis no sistema

---

<sup>113</sup> Flávia Piovesan (2002) analisa que os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) os dos direitos expressos na Constituição; b) os dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados na Carta Constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

do ordenamento jurídico interno. Perante tal concepção resta infundada a tese clássica da paridade entre tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. (TRINDADE, 1999, p.34-35).

A respeito da controvérsia da necessária exigência de ratificação na esfera doméstica para dar validade a um documento internacional, entendido neste caso sob o viés de submissão dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, após assinados pelos respectivos representantes diplomáticos dos Estados pactuantes, no sentido de que questões desta natureza não de ser submetidos à ratificação parlamentar, tais situações têm merecido enfrentamento por parte da doutrina<sup>114</sup>.

Comparato refere que, a incongruência de tal procedimento é manifesta, e é mais perceptível “quando os tratados de direitos humanos são votados no seio de uma organização internacional, como a ONU, na qual prevalece o princípio do quorum deliberativo majoritário” (2006, p. 623), razão pela qual inexistente fundamento para a “validação” no espaço doméstico, via ratificação. Assim, a aplicação de tal mecanismo as convenções de Direitos Humanos ao sistema de ratificação individual, é um anacronismo que não se sustenta.

Neste viés, a insustentabilidade de questões desta natureza fica ainda mais nítida no caso de convenções multilaterais, onde estas previamente já se submeteram a votação majoritária, não tendo sentido - por iguais razões e sob o manto de que o ingresso de um Estado na organização internacional demandou a aceitação de regras constitutivas - o argumento de que a assinatura de um tratado de ordem internacional, incluindo a sua respectiva adesão é ato de Estado e não de Governo. (COMPARATO, 2006, p. 623).

Para melhor ilustrar a questão e ciente de que neste estudo já foram apresentados os documentos de ordem internacional, mas dada a pertinência, faz-se referência a uma breve síntese quanto aos documentos de cunho internacional<sup>115</sup>. Parte-se da constatação de que tais documentos são as principais cartilhas pertencentes a produção normativa na esfera de proteção dos Direitos Humanos, quais sejam, as declarações de direitos das revoluções francesa e a americana, da mesma forma os documentos que as antecederam: na Península

---

<sup>114</sup> Sobre isto, na última parte deste trabalho, há um subcapítulo que examina a reserva de legitimação dos documentos sob a perspectiva da defesa dos interesses dos Estados- partes, contrapondo os interesses próprios ou criando relações de comunhão.

<sup>115</sup> No subcapítulo seguinte, em razão da novidade neste estudo, far-se-á apresentação quanto aos principais documentos produzidos no espaço doméstico.

Ibérica, a Declaração da Corte de Leão de 1188 e, na Inglaterra, a Magna Charta de 1215 (COMPARATO, 1999, p. 44).

Merecem referência, a Petição de Direitos de 1628, a Lei de Habeas Corpus de 1679, a Declaração de Direitos – “Bill of Rigts”, de 1689, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Norte-americana de 1776, e a Revolução Francesa de 1779, ambas deram base à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (BRASIL, 2009i)<sup>116</sup> (reformulada em 1793) e que inspirou as Constituições Francesas de 1848 (Segunda República da França) e também a atual. Sua maior contribuição há de ter sido a base da DUDH (BRASIL, 2009j) proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. (HERKENHOFF, 2002, p. 49-51).

Também, tem-se como exemplo a Revolução Americana que influenciou de forma significativa a “Revolução Francesa, a qual, na concepção de seus contemporâneos, jamais teria ocorrido, não fora o glorioso exemplo do outro lado do Atlântico”. (ARENDRT, 1988, p. 172).

Na medida em que tais documentos passaram a compor o ordenamento dos respectivos países, eles também passaram a influenciar outros países, e, portanto contribuíram para o surgimento da Revolução Mexicana que deu origem à Constituição Mexicana de 1917; a Revolução Russa, de 1918 que conduz à declaração dos Direitos do Povo, dos Trabalhadores e dos Explorados; e, da Constituição de Weimar<sup>117</sup>, de 1919 (HERKENHOFF, 2002, p. 49-50), e automaticamente, se colocaram porquanto contributo para a democracia e o Estado Social de Direitos.

De outro viés, Herkenhoff aponta que a recepção da democracia, porquanto espaço social de compreensão e promoção dos direitos marcou o primeiro grande salto na delimitação e conceitualização dos DDHH, derivados da constatação da fragilidade dos

---

<sup>116</sup> A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (BRASIL, 2009i) foi aprovada por um corpo formado por um total de 1.315 deputados, ainda que todos não tivessem comparecido ao mesmo tempo na Assembléia Nacional, denominação que assumiu os Estados Gerais, é a partir de quando o Rei cede às pressões e também as revoltas populares, que a nobreza e o clero unem-se ao terceiro Estado em uma única Câmara e passam a decidir por câmaras de votos e estamentos. Finalmente, com a autoproclamação da assembléia em constituinte, é promulgada a referida declaração. (MARTÍNEZ, 1993, p.80)

<sup>117</sup> A respeito da Constituição de Weimar – cidade onde foi elaborada e votada - Comparato anota que esta foi fruto da grande Guerra de 1914-1918. A distribuição da matéria foi distribuída de maneira dualista: na primeira parte apresenta a organização do Estado, enquanto a segunda parte traz a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm> Acesso em: 20 jun.2009.

direitos liberais, na ausência de não satisfação de direitos básicos<sup>118</sup>, e, pouco a pouco, as democracias liberais, cedem às sociais, os países socialistas abandonam seus valores, cedendo ao capitalismo, de tal forma que os DDHH ampliaram a justaposição dos direitos econômicos e sociais aos direitos de liberdade, ampliando para os direitos dos povos<sup>119</sup>, proclamados nos fóruns internacionais e não apenas os direitos da pessoa humana, e, nos dias atuais, não há somente DDHH decorrentes do Estado, mas há direitos reclamáveis pela pessoa em face dos grupos sociais e das estruturas econômicas, e direitos reclamáveis por grupos humanos e nações, em nome da pessoa humana, dentro da comunidade universal. (2002, p. 51-54).

O grande salto de adoção dos DDHH aconteceu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 2009j) para a qual contribuiu de maneira decisiva as duras lições ligadas à Segunda Guerra Mundial, notadamente o holocausto. Não se tratava de proteger direitos individuais em especial, ou sob certas circunstâncias e condições, mas sim proteger o próprio ser humano enquanto tal, de onde decorreu que os direitos proclamados foram concebidos como inerentes à pessoa humana e a todos os seres humanos, razão porque eram anteriores a toda forma de organização política ou social, com o fim precípua de que a proteção desses direitos não se esgotava na ação do Estado. (TRINDADE, 1999).

O projeto original era o de uma declaração internacional que evoluiu rumo a uma declaração universal, em razão da diversidade cultural que restou identificada a partir das consultas empreendidas pela UNESCO porquanto contribuição para a sua preparação. O plano geral, fora concebido em torno de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, e a Declaração seria apenas a primeira parte, que seria complementada por uma Convenção (ou convenções) e, posteriormente em pactos e medidas de implementação, o que não se consumou, vindo a ser distribuído de vez, ao longo de suas disposições, tanto os direitos civis e políticos, como também os sociais e culturais. (TRINDADE, 1999, p. 17).

Aqui cabe um questionamento de pertinência para o ponto examinado. Ora, a recepção dos DDHH tendo sido concebida em torno do pós-guerra, notadamente em resposta aos horrores do Nazismo, com a Declaração Universal de 1948 (BRASIL, 2009j) e a

---

<sup>118</sup> O atual conceito de salário-mínimo introduzido no texto constitucional brasileiro é representativo do que pode ser reconhecido pelo Estado normativo de Direito porquanto necessidades primárias, ou direitos básicos. Vejamos, art. 7º, inc. IV, CRFB/1988, 2009a: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.

<sup>119</sup> Delmas-Marty refere a um direito “comum”, sobretudo um direito acessível, e, na medida do possível, acessível a todos. (2004, p. 212)

Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (BRASIL, 2009f) e, após, paulatinamente a sua definição primeira, resta sendo construída com a pessoa humana – o homem, e após prende-se à noção de afirmação, proteção e promoção de tais direitos, representativos da Declaração Universal (BRASIL, 2009j). Pois bem, a fase histórica da exigência de Direitos Humanos em face do Estado, notadamente na perspectiva das declarações de direitos e liberdades ainda se sustenta?

Para responder a indagação proposta, há um dado importante. Conforme sustenta Cançado Trindade, a DUDH foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>120</sup> em 10 de dezembro de 1948 e foi precedida em poucos meses pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948. Ocorre a Declaração americana, tendo formulado originalmente o “direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais”, a inserção de tal recurso ao controle do Judiciário, e ali levado a esfera internacional, e inserida na DUDH pela III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas foi de cabal importância, conforme amplamente reconhecido na atualidade, como um dos pilares fundamentais em uma sociedade democrática do próprio Estado de Direito. (1999, p. 17-18).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial foram instituídos dois grandes sistemas de proteção pertinentes aos Direitos Humanos: o Sistema Global<sup>121</sup>, ligado as Nações Unidas, e os Sistemas Regionais<sup>122</sup> que incluem os sistemas interamericanos (a OEA, Organização dos Estados Americanos), europeu e o africano. O sistema global é formado por documentos gerais e documentos especiais. Os Sistemas Regionais de Proteção de direitos humanos são

---

<sup>120</sup> Segundo Cançado Trindade (1999, p. 16) estavam presentes em 10 de dezembro de 1948 na Assembléia Geral das Nações Unidas: 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram e 2 encontravam-se ausentes na ocasião. As abstenções foram da Polônia, Ucrânia, Iugoslávia, União Soviética, Bielo-Rússia, Tchecoslováquia, da Arábia Saudita e da África do Sul. A Arábia Saudita se absteve por conta de que a declaração não fora pautada aos princípios da religião muçumana. A África do Sul não aprovou o texto ao argumento de que o conteúdo do documento violaria diretamente a política racista do *apartheid* e os países socialistas se abstiveram sob a justificativa de que a declaração não tratou adequadamente os direitos sociais, econômicos e culturais. O Brasil assinou a DUDH na própria data de sua adoção e proclamação (BRASIL, 2009j).

<sup>121</sup> São exemplos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Carta das Nações Unidas (1945), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) (PIOVESAN; IKAWA; ALMEIDA et alii, 2006).

<sup>122</sup> O Sistema Interamericano possui como documentos gerais: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem (1948). Como especiais, podem ser indicados a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências (1999). (idem, ibidem).

igualmente compostos por documentos gerais e especiais. A distinção de um e de outros está no aspecto de que o global é aberto à adesão da comunidade internacional; o regional abre-se tão somente para os países pertencentes as suas respectivas regiões. (PIOVESAN; IKAWA; ALMEIDA et alii, 2006).

Na verdade, “o caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” (BOBBIO, 2004, p. 24).

Assim, em resposta ao questionamento, conforme observa Fragoso, na contemporaneidade está ultrapassada a fase das declarações de direitos e liberdades, e que a preocupação maior no anseio dos DDHH volta-se para a criação de um sistema jurídico que assegure, efetivamente, a observância dos direitos e liberdade proclamados. (1977, p. 123). De outro viés, a despeito da representatividade da Declaração Universal (BRASIL, 2009j), e isto é inquestionável, ela figura desde a concepção de norma moral, como também significativa de valor político, com imposição de conduta política aos Estados parte. Se ela goza de força normativa, é também outra questão interessante. A despeito de não ser “Tratado” formalmente restariam desonerados os Estados de seu cumprimento. Portanto, a DUDH não teria força jurídica e restaria dotada tão somente de eficácia política e, portanto, usufruindo de natureza principiológica – cujas consequências seriam de simples resolução declarativa de princípios.

Como explicar então a conduta dos Estados que são fiéis seguidores de seus ditames? Então se há a força jurídica, os efeitos normativos são inerentes, ainda que “efetivamente não tem juridicamente caráter vinculativo” (ALMEIDA, 2003, p. 15), razão pela qual, no sentido de concluir a resposta da questão proposta, a DUDH comporta a condição de ser o principal paradigma dos Direitos Humanos, razão porque, por mais que superada a fase das Declarações, conforme registra a doutrina, ela continua firme no seu propósito inicial de direitos, conforme consta do seu preâmbulo <sup>123</sup>, e, ainda, continua gerando

---

<sup>123</sup> Somente para citar alguns direitos, conforme consta do preâmbulo da DUDH, em síntese: o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, direitos iguais, liberdade, justiça e paz no mundo; liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade; protegidos pelo império da lei; relações amistosas entre as nações; direitos do homem e da mulher; direitos e liberdades

efeitos para os sujeitos de direito da esfera internacional, cujo destino é o cidadão, no espaço doméstico, e o cidadão do mundo na esfera internacional.

A prova do que fora referido anteriormente está no fato de que a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 – portanto, transcorridos quarenta e cinco anos – reiterou a concepção da referida Declaração quando em seu parágrafo 5º afirmou: "Todos os Direitos Humanos<sup>124</sup> são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase (BRASIL, 2009f).

A reflexão teórica das funções do direito apresenta um debate, que na concepção de Campilongo, vem sendo travada no viés de duas concepções: o Direito como técnica de controle e organização social e o Direito como instrumento de direção e promoção social e, desta maneira, o Direito é concebido, ora como um sistema normativo emanado da autoridade, ora como um conjunto de manifestações de uma experiência vivida, como um instrumento de direção e promoção social que detém sua legitimidade quando conectadas com a realidade social e econômica (1994, p. 20-23).

Ocorre, na perspectiva deste trabalho, tem-se as duas possibilidades de pertencimento a esfera normativa, uma de cunho internacional composto pelo acervo dos documentos internacionais, e a outra de cunho nacional. A despeito do reconhecimento na ordem normativa, a despeito da soberania do Estado, está contido no § 3º ao art. 5º, CRFB/88 (BRASIL, 2009a), a atual opção do Estado Brasileiro, quanto a materialidade e o procedimento adotado, qual seja, no sentido de delimitar a atuação da normatividade (se de cunho internacional, esta carece de aprovação “em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, nos termos do referido parágrafo e artigo), o que, pode-se dizer, reforça a constatação de que a afirmação dos DDHH, passa pelo *gemelaggio*<sup>125</sup> entre os países.

---

fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades; e, finalmente, o reconhecimento de tais direitos: “compreensão comum desses direitos e liberdades”. (BRASIL, 2009j).

<sup>124</sup> Na redação original consta “direitos do homem”.

<sup>125</sup> Expressão oriunda da lingüística italiana e que é recorrente no extremo sul catarinense, cuja região tem descendência ligada à Itália: Criciúma, Nova Veneza, Morro da Fumaça, para citar algumas cidades que a compõe, cujo sentido quer dizer um “pacto de amizade”, e que é usada neste pela proximidade e ligação da expressão com o tema do Direito Fraternal.

Entretanto a dinâmica de solução dos Direitos Humanos, ultrapassa o reconhecimento da nomenclatura de “direitos fundamentais”<sup>126</sup>, razão porque discutir a sua base de sustentação jurídica – se de ordem internacional ou doméstica, ou se trata de novos direitos, na perspectiva de um direito que ficaria cada vez mais comum, pode não ter tanto sentido assim.

Um típico exemplo de onde se pode perceber qual o espaço de pertencimento da questão (se de ordem internacional e/ou doméstica), tem-se com as razões de decidir de que valeu o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o “Caso Ellwanger” ou “HC sobre o racismo”, Habeas Corpus 82424/RS (BRASIL, 2009p)<sup>127</sup>, em que foi Relator o Ministro Maurício Correia. Os advogados de Siegfried Ellwanger, escritor e editor-sócio da Revisão Editora Ltda., de Porto Alegre, impetraram esse *habeas corpus*, com o escopo de sucedâneo recursal, em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, em sede de última instância, havia mantida a condenação, com o reconhecimento de crime de racismo. Ocorre, anteriormente, e conforme decidido no voto relator, em primeiro grau de jurisdição, o mesmo fora absolvido, e, posteriormente condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse *habeas corpus*, procurou-se argumentar que uma série de publicações, de natureza anti-semita, levadas a termo pelo editor Ellwanger, embora fossem reconhecidamente discriminatórias aos judeus, não poderiam ser consideradas racistas. E, em sendo assim, por não se tratar de crime de racismo, art. 20, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, e Constituição da República, art. 5.º, XLII (BRASIL, 2009a), o crime já estaria prescrito, e, portanto, justificada a concessão do *Habeas Corpus*.

---

<sup>126</sup> Sobre isto ver subcapítulo 3.2.1 deste estudo: Os DDHH e o Processo de especialização no espaço do constitucionalismo brasileiro, que analisa dentre outrem as constituições e o enfrentamento lingüístico vivenciado pela concepção da lexia dos Direitos Humanos.

<sup>127</sup> Anota-se, alguns pontos do Ementário: “4.[...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um **processo de conteúdo meramente político-social**. 5.Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais **definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo**, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais **se erige e se organiza a sociedade humana**, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aécticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a **afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País**. 6.**Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais**, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo”. (BRASIL, 2009) (grifamos).



O que chama, a atenção é que ao sustentar as razões de decidir, percebe-se que o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal ao Habeas Corpus, teve como base central do fundamento normativo, as disposições infraconstitucionais, bem como o texto constitucional, na prerrogativa de “direitos fundamentais”. É o que se extrai das razões colhidas nos respectivos votos, inclusive o voto da relatoria<sup>128</sup>. Portanto, em uma brevíssima síntese, nesse julgado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que participaram do julgamento, e não somente a maioria (vencedora), procuraram compreender o caso priorizando a técnica jurídica - a partir de uma possível colisão entre valores, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, e desta maneira, ter a mesma solucionada a partir de sopesamento entre os interesses conflitantes, sob a lógica da ponderação.

Explicando. Não houve preocupação quanto a fundamentação pertinente aos Direitos Humanos, de forma a justificar as razões de decidir de acordo com os atuais conceitos<sup>129</sup> e valores de sua historicidade. Aparentemente há um não reconhecimento do novo, traduzido pela nova ordem constitucional de garantia do exercício de direitos constitucionais, traduzidos pela cartilha de pertencimento nos Direitos Humanos. De outro lado também, paira a compreensão de que não caberia ao Judiciário regulamentar o exercício de cada caso concreto submetido à sua apreciação, sobre a justificativa de que, se assim procedesse, estaria violando a separação dos poderes e assumindo o papel de legislador positivo, a mercê da falta de norma infra-constitucional regulamentadora.

Ora, tratando-se de direitos conformados por expedientes de ordem internacional e que carecem de recepção através de ratificação de âmbito nacional, a resposta há de ser positiva. Entretanto, se há a previsão de uma determinada conduta, adequadamente identificada por expedientes internacionais, desconsiderar a existência de tais documentos,

---

<sup>128</sup> Voto, Ministro Moreira Alves, proferido no HC 82424, anotado em parte, com supressão de alguns trechos: [...] a questão que se coloca neste "habeas corpus" é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo", se a prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão "nos termos da lei", que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. (BRASIL, 2009p).

<sup>129</sup> Não se pretende argumentar que a decisão nos termos como decidida está equivocada, ou que haveria de ser outra. Pretende-se tão somente apresentar a situação da afirmação dos DDHH, na sua esfera de produção normativa.

comporta raciocínio ao arrepio de (re)afirmação da história constituinte e de uma doutrina constitucional comprometida com a efetividade dos DDHH.

Independentemente do sentido e da concepção que os ministros houvessem de aplicar, a análise do caso concreto fornece a ideia de que foi outra a argumentação utilizada. Firmou-se embasamento sob a concepção dos direitos fundamentais, independentemente de agregar os eventuais sentidos da gênese dos Direitos Humanos. Venceu, mais uma vez, o entendimento tradicional firme no pressuposto no qual frente a omissão legislativa, nada pode fazer o Judiciário.

O raciocínio jurídico firmou-se sob o viés da ponderação que é caro ao legado teórico de Robert Alexy, qual seja, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (2008, p. 95), isto é, se o conflito ou a situação de tensão ensejar conclusão no sentido de que os interesses do acusado, no caso concreto do HC 82424, têm um peso maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então a intervenção estatal (representada especificamente pela denúncia do Ministério Público gaúcho), viola o princípio da proporcionalidade, e consequentemente o interesse (com o sentido de direito fundamental) do acusado de exercer a sua atividade editorial e também o seu direito de livre manifestação, e, de outro tem-se o dever de garantir, na maior medida possível, a ordem social, representada pela não discriminação - racismo.

De que forma tal caso garante o compartilhamento de ideias na esfera dos DDHH? Ora, referido julgado insiste na tese dos direitos fundamentais de *per se*, e, portanto, consagra uma interpretação que atende o raciocínio específico dos direitos fundamentais, nos moldes como assentados no Texto constitucional, qual seja, reforça a tese da norma jurídica reduzida à regra e condenada ao espaço doméstico, sem perfilhar o caminho da ordem internacional especificamente considerada.

Aqui dois pontos merecem destaque. O primeiro, de acordo com José Alfredo Baracho Junior, (2003, p. 514) pode-se referir que a decisão jurisdicional em apreço se encontra assentada na clássica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que está fundada segundo a compreensão “equivocada” da doutrina das questões políticas e na tradicional interpretação da prevalência do interesse público<sup>130</sup> sobre o interesse privado, própria de

---

<sup>130</sup> Atividades de Estado (Sociedade) e de Governo (ligadas ao Executivo)

determinado paradigma e se tornou mais forte no contexto autoritário que o Brasil viveu a justificar a não proteção de direitos pelo Judiciário.

O segundo é a de que o Supremo Tribunal Federal tem apresentado decisões que caminham em sentido diferente, especialmente quando está a invocar o princípio da proporcionalidade, que tem sido apresentado como uma forma de balancear o interesse público e o interesse privado, objetivando solucionar a tensão que daí decorre, de igual importância de forma a encontrar a “decisão mais correta” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 517-520). Então, a A argumentação empreendida pelo Supremo Tribunal está a garantir uma adequada tutela jurisdicional, compromissada com os resultados sociais de seus efeitos, na perfeita correspondência de proteção dos direitos fundamentais?

Por mais que o julgado confira ao ordenamento o seu caráter principiológico, este resguarda – mas não detém representação bastante para a completude do ordenamento normativo enquanto ausente compromisso de proteção dos direitos. É preciso que haja um mínimo de harmonia nas fontes de jurisdição nacional e internacional.

No caso relatado, pouco importou a origem das fontes: se estatal, produzida no espaço doméstico, ou se de cunho internacional, ou independentemente disto, se não estatal, qual seja, na lógica de Delmas-Marty de que a paisagem mudou e resta marcada pela diversidade, e, portanto, tem-se o aparecimento de fontes não estatais, não exclusivamente internacionais, extralegislativas e variáveis no tempo. (2004, p. 215), o que é importante e se destaca – decorrente da ferimento positivo de seus resultados – é confirmar se houve resultado social da aplicação dos direitos, se à tutela da Constituição foi garantido o máximo de efetividade, de tal forma que o modo como controla as relações da sociedade alcancem resultados bem sucedidos.

Sobre tal concepção, nos últimos tempos, representativa de quebra de tradição dedicada a defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público, e, também ações voltadas para o direito à saúde e à educação, chegaram ao Supremo Tribunal diversas ações dedicadas à defesa dos Direitos Humanos, cujo objeto volta-se essencialmente para a discussão da “inconstitucionalidade”, tendo os direitos humanos como prioridade.

Para tanto, há de se destacar que a atuação do Estado brasileiro, enquanto instituição especializada<sup>131</sup> na garantia dos direitos humanos vem ganhando espaço. A partir

---

<sup>131</sup> Ilustra referida situação a interposição das seguintes ações<sup>131</sup>, ajuizadas em julho/2009, perante o Supremo Tribunal: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 183 sobre a regulamentação da

de iniciativas de órgãos especializados, importantes decisões judiciais<sup>132</sup> têm sido tomadas para proteger, direitos de suma importância para a dimensão individual e coletiva, como por exemplo, o direito à saúde e o direito à educação em franca atuação de proteção e promoção aos direitos humanos, enquanto que, anteriormente, a atuação, perante à Corte, privilegiou o espaço do direito público *versus* privado, portanto, buscou a defesa da propriedade, do patrimônio público, sem estabelecer e dar prioridade aos direitos humanos.

A evolução decorre da questão de atender o *munus* da modernidade, de repousar nas mesmas regras do pacto econômico e de obedecer-lhas, sob o signo da universalidade que coloca todos sob o manto da coerção econômica. Será que as respostas seriam as mesmas para um direito que se diz comum?

Considerando que os documentos que compõem o legado de expressão alienígena, incluindo a teoria de seus fundamentos já foram apresentados, bem como travadas as críticas teóricas e doutrinárias a despeito do que a situação encerra, no ponto seguinte passa a cuidar da concepção normativa produzida no âmbito nacional.

### **3.2.1 Os Direitos Humanos e o Processo de Especialização no Espaço do Constitucionalismo Brasileiro**

---

profissão de músico, conforme dispositivos da Lei 3.857/60, que estabeleceu requisitos para o exercício da profissão de músico e instituiu o poder de polícia sobre essa atividade artística, que são incompatíveis com a liberdade de expressão da atividade artística e a liberdade profissional; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 178 para que a Suprema Corte reconheça a união estável de pessoas do mesmo sexo, inclusive com pedido de liminar, que mais tarde foi transformada e, então, reatuada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 e distribuída por dependência da ADI 132 do Rio de Janeiro. Da mesma forma, a ADI 4275, em defesa do direito dos transexuais quanto a troca de um nome – ainda que sem a correspondente intervenção cirúrgica – sob o fundamento de violação à identidade e à dignidade transexual. Também digna de nota é a discussão da anencefalia – ADI 54 (aborto ou antecipação terapêutica), onde se sobressaem o papel do Estado, da pessoa (mãe), e a função da Igreja. Ainda, a ADPF nº 187 e ADI nº 4274 que questiona a licitude das manifestações favoráveis à legalização das drogas, em especial a Marcha da Maconha, sendo que o evento fora cancelado em diversos Estados, em razão de decisões judiciais que reconheceram a manifestação como apologia às drogas. Da mesma forma a ADPF 54-2 (antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico). (BRASIL, 2009).

<sup>132</sup> Os mesmos direitos submetidos aos preceitos normativos constitucionais podem suscitar questões das quais decorrem outros questionamentos, como se pode observar quanto ao exercício livre de qualquer ofício ou profissão, e à liberdade de pensamento e de consciência e a atividade intelectual que inclui a prática científica (art. 5º, incisos IV, VI, IX e XIII, CRFB/1988, BRASIL, 2009a).

Passa-se agora a examinar a produção de normatividade no espaço doméstico dos Direitos Humanos. Antes convém dar contexto às relações que ocorrem e decorrem do “direito interno”, qual seja, *jus civitatis*<sup>133</sup>, que é o tema deste ponto. Para tanto, apresenta-se imperioso sejam analisados os DDHH no contexto constitucional do Brasil. Portanto, vai-se buscar na independência do País, em 1822, e na primeira Constituição, o ponto de partida para o início desta parte da pesquisa, eis que, segundo Herkenhoff, o desenvolvimento dos DDHH no Brasil está ligado ao estudo histórico da evolução constitucional do País. (2002, p. 57).

Anteriormente à Carta Magna vigente, a organização política brasileira produziu ao todo as seguintes Constituições: em 1824, a Constituição Política do Império do Brasil; em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934; a Carta Política de 1937, qual seja a Constituição dos Estados Unidos do Brasil; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a de 1969 – esta de existência duvidosa, sob o viés democrático, eis que sede do célebre AI-5, de 13 de dezembro de 1968<sup>134</sup>. (BRASIL, 2008).

Dentre as Constituições Brasileiras, foram promulgadas as Constituições de 1891, de 1934, de 1946 e a de 1988; outorgadas, a de 1824, de 1937 e a de 1969. A Constituição de 1967 autopromulgou-se promulgada. Entretanto, o congresso que a votou recebeu poderes do movimento militar de 1964, o que descaracteriza o sentido de sua promulgação (HERKENHOFF, 2002, p. 60).

O desdobramento histórico das constituições deu conta dos seguintes aspectos, que podem ser traduzidos como sinalizadores e representativos dos DDHH, segundo o modelo em que cada época os reconhecia.

---

<sup>133</sup> Kant, na Paz Perpétua e seus Opúsculos refere a dois tradicionais níveis das relações jurídicas: o *jus civitatis* do direito interno e o *jus gentium* pertencente ao direito internacional público que cuida das relações dos Estados entre os Estados. Indo Além, Kant acrescenta o *jus cosmopoliticum*, o direito cosmopolita – este refere-se aos homens e aos Estados e decorre da interdependência entre os homens e suas relações exteriores decorrente de um Estado Universal do qual pertence a humanidade.(s/d)

<sup>134</sup> A Constituição de 1969 é a constituição outorgada sob os auspícios do regime militar, tendo sido assinada pelos ministros da Marinha da Guerra, do Exército e da Aeronáutica, que estavam no uso das atribuições que lhes conferira o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e, mediante recesso do Congresso Nacional (Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 25 nov.2007

A Constituição Imperial, em seu art. 179, fiel à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (BRASIL, 2009i) reconheceu que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. (BRASIL, 2008).

A primeira Constituição Republicana promulgada em 24 de fevereiro de 1891, fiel ao pacto liberal oligárquico (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 250), ampliou os DDHH, mas manteve direitos reconhecidos no Império. O *Habeas Corpus* surgiu com a Constituição de 1891. (HERKENHOFF, 2002, p. 66-67). É digno de nota, em razão do objeto de pesquisa, o aspecto seguinte: a Constituição de 1891 estabelecia que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual". Isto significa que somente a alegação de lesão a direito individual, em princípio do próprio autor, para que o Judiciário pudesse conhecer da causa. Era, pois, impensável, lesão de implicância coletiva. Isto é um dado revelador do construção e do enfrentamento permanente dos Direitos Humanos.

A Constituição de 1934 realçou o princípio da igualdade e, a par das garantias individuais, estatuiu a proteção social do trabalhador, com a recepção no próprio texto constitucional de diversos dispositivos pertinentes, dentre outros. Pode-se dizer que referida Constituição respeitou os DDHH em seus três anos de vigência, quando então surgiu o Estado Novo, que institucionalizou o autoritarismo com a Constituição de 1937 e, portanto, abriu o legado da inexistência dos DDHH, sobretudo porque suspendeu a liberdade de ir e vir. (HERKENHOFF, 2002, p. 70-72).

Com a Revolução de 1930 ou mais precisamente com o golpe do Estado Novo, a "supremacia do interesse público sobre o privado" é reconhecida porquanto critério para o julgamento de mérito. Com isto, a figura da lesão a direito individual, em que pese a atuação do Judiciário pelo poder conferido através da jurisdição, perde em resultado, eis que, no julgamento de mérito, o argumento do Poder Judiciário vem justificado pelo fundamento da "supremacia do interesse público". Neste caso, ou a lesão se justifica por sua própria razão de ser, ou, mediante o interesse público, referida lesão passa a receber a qualidade de "relativização". Referida conduta decorre da compreensão do Direito e do papel do Estado Social, segundo a qual a garantia dos direitos, quando em conflito, são exercitáveis na presença e "aval" do Estado, de acordo com o atendimento de tais "direitos" ou o seu "exercício" atendessem aos fins objetivos aclamados pelo Estado. A situação foi intensificada na Ditadura Militar, com base no ideal da segurança nacional.

A Constituição de 1946 retoma o Estado de Direito e, conseqüentemente, a ideia dos DDHH. Em seu art. 141, § 4º<sup>135</sup>, introduz a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual, o que, para Pontes de Miranda (1960), foi uma importante criação do Constituinte de 1946 que perdurou formalmente até a Constituição de 1967.

A doutrina das questões políticas foi construída ao longo dos primeiros anos da República Velha. O que se pretendia, com base nela, seria a do estabelecimento de um critério para determinação da competência jurisdicional do Judiciário, em face do Legislativo e do Executivo, de modo a se estabelecer a chamada "possibilidade jurídica do pedido", mas também a "legitimação para a causa", como diriam os processualistas mais tradicionais.

A compreensão das "questões de direito" e "questões políticas"<sup>136</sup>, presente na República Velha, despontou como critério de aferição da competência do Judiciário, e sustentada a partir de então, teve o condão de filtrar a interpretação do que seria a matéria jurisdicionável – situação que se estende para a contemporaneidade com os argumentos de princípios com “argumentos de política” (DWORKIN, 2008), normas com valores (HABERMAS, 1997); e desta forma excluiu da apreciação do Poder Judiciário os "atos políticos" e os "atos discricionários" do Executivo, e resignificou a compreensão de Constituição e, de forma subjacente, a atuação da matéria dos DDHH, seus pressupostos e legitimidade, na medida de interesse social maior.

Em 17 de outubro de 1969 foi outorgada a Constituição de 1969, a qual manteve o AI-5, e, portanto, somente com a queda deste, começou a vigorar referida Constituição. Um importante documento instaurou os DDHH de volta a condução do País. A Anistia, Lei nº 6.683, de 28/08/1979 assumiu o caráter amplo geral e irrestrito chegando mesmo a anistiar torturadores (HERKENHOFF, 2002, p. 82), razão pela qual os DDHH foram tomados de forma indistinta aos perseguidos e aos perseguidores. (HERKENHOFF, 2002, p. 81-82).

O modelo adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu a tradição do Direito Constitucional Brasileiro, uma vez que todas as Constituições foram exaustivas, e afirmam a organização de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, de tal forma que os preceitos constitucionais historicamente construídos dão reconhecimento aos Direitos Humanos. (HERKENHOFF, 2002, p. 89 e 107).

---

<sup>135</sup> “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”

<sup>136</sup> Distintas das questões de fato e de direito, conforme atualmente vem sendo referido pela doutrina e jurisprudência.

A título de ilustrar a real situação da distribuição e tratamento dispensado, no Texto constitucional brasileiro podem ser encontradas as seguintes expressões: Direitos Humanos - art. 4º, II e art. 114, § 3º, CRFB/88; direitos e garantias fundamentais – art. 5º, § 1º e título II; direitos e liberdades constitucionais art. 5º, inc. LXXI; e direitos e garantias individuais – art. 60 § 4º, inc. IV.

Para tanto, comporta também analisar brevemente os DDHH a partir de uma aproximação linguística com as expressões que lhes dão carga de conteúdo aproximativo e valor linguístico.

### **3.2.2 Direitos Humanos: Aproximações linguísticas e distinções necessárias**

Objetivando empreender a concepção dos Direitos Humanos no universo de sua conceituação, este subcapítulo propõe analisar as distinções e aproximações que se apresentam na doutrina a respeito da temática. Com tal intenção e pela distinção e grau de pesquisa, registre-se que a escolha da pesquisa em torno do tema ora indicado, elegeu o marco teórico principal pertencente a matriz doutrinal de Peces-Barba Martínez (2004)<sup>137</sup>, eis que este apresentou um legado, que é bastante pertinente nesta pesquisa, no sentido de evoluir os direitos fundamentais – expressão esta que logo mais será examinada a partir do legado de tal autor, de forma bastante próxima, senão substitutiva, quanto aos direitos humanos – os quais são indicados em sua doutrina assentados na linha de processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação<sup>138</sup>.

Para tanto, igualmente, Gregório Peces- Barba apresenta a existência de distintas palavras para expressar o conceito de Direitos Humanos, tais como direitos naturais, direitos públicos, direitos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais ou direitos fundamentais,

---

<sup>137</sup> Sobretudo conforme indicado nas p. 19-28.

<sup>138</sup> Peces Barba apresenta a linha evolutiva dos direitos fundamentais a partir de quatro pontos: 1.processo de positivação e de feitura de uma estatuto jurídico, que compreende os aspectos de formação filosófica até o positivismo e nele estão compreendidas a primeira geração (direitos a liberdade) (2004, p.105-107); 2.processo de generalização compreende o reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os demais e tem pertinência com a segunda geração (direitos sociais) (2004, p. 110-115); 3.processo de internacionalização é de difícil realização mas comporta a tentativa de universalização dos DDHH, também referida no legado teórico, de internacionalizar os direitos humanos (2004, p. 115-119); 4.processo de especificação: pessoa como titular de direitos frente a situação concreta (direitos difusos ou de terceira geração) (PECES BARBA, 2004, p. 120-134).



direitos individuais, direitos do cidadão. Todas as expressões têm sua razão e isto se deve as conexões culturais e explicações derivadas do contexto histórico, de interesses de uns, de ideologias e de suposições científicas ou filosóficas. (2004, p. 28).

Segundo Peces-Barba os direitos fundamentais cumprem a tarefa de mais pertinência, sendo mais adequados. Entretanto, o termo mais comum, que mais é citado, segue sendo os Direitos Humanos. A explicação para tanto decorre de duas coisas diferentes: a pretensão moral que deve ser atendida para que haja uma vida humana digna; de outro, recorre-se a expressão para identificar um sistema de Direito positivo, do qual concorre o pensamento jusnaturalista e o positivista (PECES-BARBA, 2004, p. 20-21).

Jorge Miranda também é defensor dos direitos fundamentais e em torno deles dedica um acurado estudo na medida em que apresenta a evolução e as particularidades de tais direitos, segundo uma linha de alargamento e de aprofundamento, acompanhando o processo histórico, as lutas sociais e os regimes político, bem como o progresso científico, técnico e econômico, que de igual sorte permite a satisfação cada vez maiores de populações que cada vez mais ocupam os espaços urbanos. (2000, p. 25).

Vale ainda destacar interessante perspectiva a respeito dos direitos fundamentais, apontada por Daniel Sarmento, a qual liga-se ao reconhecimento de que esses, além de impor prestações aos poderes constituídos, consagram igualmente os valores mais importantes em uma comunidade, qual seja, a base jurídica da comunidade (2008, p. 105-106), portadora da dimensão coletiva da mensagem de tais direitos.

Independentemente da opção pelas quais têm sido premiadas todas as possíveis expressões – desde a doutrina, passando pela jurisprudência, e tanto quanto os textos constitucionais - na tentativa de busca por uma resposta, há de se ter respeito a uma circunstância irretocável: não há uma conclusão única, uma expressão que obtenha consenso, mas segue certo que tais direitos surgem no espaço de uma sociedade complexa, seja na esfera doméstica ou internacional. Também, é fato que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos individuais”, “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, para citar algumas dessas expressões, todas vem sendo largamente utilizadas, sob as mais diversas teorias e justificativas.

O catálogo das possíveis expressões é de uma riqueza semântica ímpar e ao lado da expressão “liberdade” compõe um catálogo rico em sinônimas. Sozinha, referida

conclusão não goza de importância, entretanto, se se conceber que a afirmação tem valor pela revelação da preocupação com o significado das várias expressões na dinâmica da realidade da vida distribuída na sociedade, estar-se-á aberto o caminho para revelar a função de tais direitos na sociedade atual.

Peces-Barba Martínez, em seu reconhecido magistério, aponta que a função principal dos direitos fundamentais na sociedade moderna é orientar a organização da sociedade e principalmente do Direito, enquanto sistema de organização social, de acordo com a dignidade da pessoa, de forma que cada um possa realizar o conteúdo que identificam esta dignidade e que os elementos dessa dignidade são capazes de eleger, de construir conceitos gerais, de comunicar e de gerar diálogos, e, de decidir sobre seus fins, sobre sua moralidade e sobre sua idéia de salvação. Com isto, os direitos fundamentais contribuem, para que cada pessoa possa realizar os signos de sua condição humana (1999, p. 132-133).

O legado peces-barbiano dá conta de que a importância de tais funções reside na idoneidade dos direitos fundamentais objetivando identificar o conceito de “Direitos Humanos” e para reconhecer todas as dimensões de seu conteúdo<sup>139</sup>. Para tanto, a “moralidade pública” que se denomina “Direitos Humanos” atua na perspectiva ética como uma pretensão moral e se incorpora no Direito Positivo, como um direito fundamental. Para tanto, se pode falar de sua função de Direitos Humanos como moralidade, de sua função como direitos. No primeiro caso, tem-se uma compreensão crítica dos Direitos Humanos a respeito do Direito Positivo que não os reconhece e tratam de positivizar-se, de transformar-se, em Direito Positivo dos direitos fundamentais. No segundo caso, os Direitos Humanos são uma norma jurídica. (1999, p. 133).

Comunga deste entendimento, em *Terrae brasilis*,

“os direitos humanos passam a converter em autênticos direitos morais, no sentido de que encontram na consciência moral, no imperativo categórico e na própria dignidade do homem o seu fundamento. (...) deixam de ser ‘direitos jurídicos’, ainda que a expressão possa ser considerada um pleonasma, para adquirir a sua dimensão ética e axiológica, pois o sistema do direito positivo não pode lhes dar nascimento nem existe um mundo jurídico supra-sensível do qual possam derivar” (TORRES, 1999, p. 60)

Assim, é preciso considerar que há na doutrina, quem enfrente o assentamento de que os direitos fundamentais correspondem aos direitos introduzidos nos textos

---

<sup>139</sup> Ver subcapítulo que trata das gerações/dimensões de direitos.

constitucionais, no caso em consonância com o direito positivo.

No Brasil, acolhe esse entendimento Ingo Sarlet (2001), que tem feito uma escola de seguidores. A essencialidade do seu conceito é traduzida no sentido de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para os direitos do ser humano que estão reconhecidos e positivados na dimensão do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que “Direitos Humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional e, neste caso, referem-se às posições jurídicas que são reconhecidas ao ser humano, independentemente da vinculação com a ordem constitucional vigente e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos, revelando caráter supranacional, de cunho internacional. (SARLET, 2001, p. 33).

Pela pertinência, e em razão de atender as distinções e as aproximações lingüísticas, apresenta o roteiro, explicações e razões de tais lexias:

- Direitos Humanos – é sem dúvida o que mais ocupa a cultura e a política atual, no campo da arte, filosofia, ciência e tradição. Está no núcleo da preocupação dos movimentos populares, luta política, movimentos dos novos direitos. Também, é expressão recorrente nos meios de comunicação, com alcance para todos e, talvez daí, reforçada a idéia de confusão quanto ao sentido da expressão.
- Direitos naturais - na concepção de Peces-Barba (2004, p. 21-22), o uso do termo se identifica com uma posição jusnaturalista, situada em momentos históricos passados e, bem por isto, em desuso. Tais direitos estão ligados às declarações liberais do século XVIII e aos modelos americano e francês e, portanto, recorrente para designar os direitos do homem.
- Direitos públicos subjetivos – é a expressão mais moderna, mais técnica, com um mínimo de incidência. Com este termo, os direitos aparecem vinculados a um determinado tipo de Estado liberal, enquanto os direitos fundamentais apresentam-se no Estado social ligados a função promocional. Representam limites ao poder.
- Liberdades públicas - segundo Peces-Barba (2004, p. 24-25) o termo se situa no âmbito da doutrina francesa e também, como sinônima dos direitos públicos subjetivos. Identifica-se com os direitos reconhecidos no sistema jurídico, protegidos pelos juízes. Trata-se de uma expressão situada na filosofia liberal e que reflete os direitos civis individuais. Podem ser estendidos aos direitos do Estado Social.

•Direitos morais – a expressão tem alcançado grande difusão, o que confirma o interesse de Dworkin (2008), um de seus defensores<sup>140</sup>. É, sem sombra de dúvida, a expressão mais moderna. Segundo Peces-Barba (2004, p. 25-26) os direitos naturais expressam uma realidade jurídica, enquanto que os direitos morais traduzem um conceito ao qual se acrescenta a lei, não sendo monopólio da realidade jurídica. A distinção entre ambos exige afinamento e não é intenção do trabalho a referida discussão.

•Direitos fundamentais – As várias expressões *direitos sociais*, *direitos individuais*, *direitos civis*, *direitos políticos e direitos do cidadão ou da cidadã* são usadas habitualmente na linguagem natural, no senso comum teórico do jurista. Entretanto, do que se extrai dos indicativos peces-barbiano (2004), quaisquer delas – que não os direitos fundamentais – seguem tendo referência a uma parte dos direitos fundamentais, ou, no máximo, guardam tangencialidade com a dimensão dos Direitos Humanos. Assim, na concepção doutrinária ora indicada, os direitos fundamentais são tradutores da mais adequada, necessária e justa proposição em face da expressão Direitos Humanos e não possui o lastro de ambiguidade que esta supõe. Não comportam reducionismo jusnaturalistas ou positivistas. Expressam tanto uma moralidade básica como uma juridicidade básica. São mais adequados que os direitos naturais e os direitos morais que formulam seus respectivos conceitos sem o suporte jurídico positivo. São também mais adequados que os direitos subjetivos e as liberdades públicas, posto que, via de regra, perdem sua concepção moral e acabam pertencendo ao ordenamento. Sua proximidade com os Direitos Humanos permite que sejam usados como sinônimos entre si (2004, p. 27-29).

Desta maneira, e porque minimamente é preciso resguardar o interesse do presente estudo, há de se fazer uma opção, e referida opção é de restar claramente identificada sob pena de macular e não acolher a riqueza do diverso, ou, inadvertidamente não conseguir resguardar os indicativos propostos pelas doutrinas pesquisadas.

---

<sup>140</sup> Sobre a presente concepção, também, Ricardo Lobo Torres refere que “[...] os direitos humanos passam a se converter em autênticos direitos morais, no sentido de que encontram na consciência moral, no imperativo categórico e na própria dignidade do homem o seu fundamento. Os direitos humanos deixam de ser ‘direitos jurídicos’, ainda que a expressão possa ser considerada um pleonasma, para adquirir a sua dimensão ética e axiológica, pois o sistema do direito positivo não pode lhes dar nascimento nem existe um mundo jurídico supra-sensível do qual possam derivar” (TORRES, 1999, p. 60).

Com tal intento, revelador do objetivo deste trabalho, em respeito a posição de autores consagrados, que ocupam destaque e reconhecimento, por exemplo, na Europa, e além dos muros desta, Norberto Bobbio (2004), ou na América, por exemplo Óscar Correas (2003), para quem, e cada qual a seu modo, respectivamente, Bobbio apresentou a lição – e convenceu milhares – da dimensão histórica e relativa dos DDHH, enquanto que, do outro lado, Correas revelou a lição de que “os direitos humanos formam parte de um discurso ético, cujo tratamento pela filosofia é pertinente, e também constituem um instrumento político utilizados por gregos e troianos” (CORREAS, 2003, p. 11), razão pela qual, nesta pesquisa, os Direitos Humanos são tomados no sentido histórico cujo enfrentamento estão nas disposições dos textos da seara internacional, e os direitos fundamentais (constitucionais) ocupam o espaço do direito positivo, assentados nos direitos naturais do homem, e neste sentido gozam de fontes estatais e não estatais, inclusive pré-estatais, conforme disposto neste, ou, na lição de Delmas-Marty (2004), para quem está ocorrendo uma mudança de paisagem, de acolhimento do diverso, de aproximação e harmonização. Não seria essa mudança a assunção das duas expressões, um novo direito?

Sobre os direitos fundamentais e os Direitos Humanos, Sarlet conclui que, nos diversos documentos – de cunho internacional e os regionais – que sucederam a DUDH, no que condiz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais, que está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização rumo a um direito constitucional internacional (2001, p. 35). Assim, este novo direito será representado pelo direito constitucional internacional, o qual condiz com o reconhecimento e a proteção de valores e reivindicações que tem essencialidade para todos os seres humanos.

Habermas na pertinência dos DDHH apresenta um modelo peculiar que decorre, na perspectiva de sua teoria, da legitimação como “um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada” e da tensão entre soberania popular e Direitos Humanos, entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos” e que as concepções que daí ocorrem somente se validam a custa da outra, decorrente da equiprimordialidade de ambas, do sentido de se reinterpretarem, ciente de que é o processo democrático que dá sustentação e força legitimadora ao processo de criação. (2002, p. 298-300).

Em lugar da controvérsia, sob o condão de uma visão jurídica, há razões para que sejam sustentadas o reconhecimento dos Direitos Humanos. Isto pode ser oportunizado de vários modos, mas com certeza, são inquestionáveis o respeito pela identidade inconfundível

de cada indivíduo e o respeito às ações, práticas e valores de mundo. Este reconhecimento passa pelo respeito e é traduzido na integridade de forma de vida e na qualidade de dar condições de igualdade das condições de vida. São direitos atribuídos e que decorrem do ser humano enquanto detentores de humanidade. Entretanto, que sentido e significado possui a afirmação “ter direitos enquanto ser humanos?”

A resposta é, por excelência, o conceito dos DDHH.

Os Direitos Humanos são assim, direitos que se percebem a partir de situações que cobram o ônus do reconhecimento e para o qual, na vida cotidiana costuma-se referir-se a atribuição de direitos. Ora concedemos um direito a alguém quando lhe prometemos algo. Neste caso assume-se o compromisso acerca de direitos que tem como fio condutor uma pretensão que possa ser erguida, e da mesma forma, justificada. Mas como podemos dar fundamentos a direitos que não estão nem na promessa nem na ordem legal? Não será pelo núcleo privilegiado do compromisso de todos (responsabilidade) para com a proteção de tais direitos. Na seqüência serão apresentadas algumas considerações a respeito.

### **3.2.3 Do pacto geracional para o pacto transgeracional de responsabilidade - do solidário ao fraterno: a promoção (ou a promessa) da proteção.**

O subcapítulo anterior cuidou de fazer uma análise da produção normativa perante os documentos internacionais e domésticos (constitucionais) e a compreensão das respectivas sinonímias, indagando, no final de onde e de que forma ocorre o núcleo de responsabilidade para com a proteção dos DDHH. Para tanto, este ponto propõe redimensionar referida análise e estendê-la ao espaço da proteção construída sob o fio condutor da responsabilidade. Há razões para tanto.

Se não agregadas referidas concepções, insiste-se na tese de DDHH segundo uma construção histórica isolada, beirando ao retorno dos direitos naturais. No caso, o prisma histórico é tomado sob a perspectiva do legado teórico, sem a sua demonstração, qual seja, sem a experiência – e, por mais, que esta seja de fato a tônica, a despeito da matriz teórica de Bobbio (2004), convém acrescentar o viés da prática suficiente para a sua recepção no

ordenamento jurídico ou se há, o elemento histórico (neste caso) em conjunto com a prática conferem riqueza e qualidade a própria interpretação do desdobramento dos DDHH na sua aceção de desenvolver-se e tomar assento no espaço contemporâneo.

Justifica-se a opção da pesquisa para tanto. Ocorre, tanto o viés histórico, quanto a teoria e a prática, são eixos sustentadores da mesma realidade de vida, enquanto processo de desenvolvimento de realidade no tempo e no contexto em que são apresentados – a realidade dos Direitos Humanos. Não se trata, portanto, tão somente de examinar um devir histórico, mas, sobretudo, uma reflexão observadora – ou crítica – a respeito do discurso da história<sup>141</sup> dos Direitos Humanos, que é inseparável de uma prática - ou de uma certa prática política de responsabilidade. Ilustra-se, com a lição de Walter Benjamin, a qual discorrida no contexto do Fascismo, mas que muito bem ilustra o momento “contemporâneo” dos Direitos Humanos:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, percebermos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX “ainda sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável. (1993, p. 226)

No tratamento de sujeito de direitos na pertinência dos DDHH resulta de importância ímpar compreender a relação jurídica e a sua promoção (ou promessa). Sem ambos, os Direitos Humanos ficam fora de sua rota, ou tornam utópicos, a exemplo dos que defendem a sua inexistência. Neste particular a obra de Hans Jonas tem particular importância, na medida em que desveladora do pacto do princípio responsabilidade, qual seja, o marco civilizatório da história atual, quanto ao agir, na gênese correspondente a responsabilidade. A pesquisa opta por tal viés. Entretanto, convém fazer aqui um mínimo de referência sobre o surgimento do compromisso responsabilidade.

Conforme anota Giacoia Júnior, Se o marco do processo civilizatório assenta-se na ordem das relações de direito pessoal entre credor e devedor, então, no campo das relações jurídicas identifica-se a aparição da humanidade do homem, especificamente, em relação com a questão da promessa e da obrigação, juntamente com seu requisito: a faculdade da memória (2006, p. 595). Conforme a lição de Nietzsche para quem convém “Criar um animal ao qual

---

<sup>141</sup> Não seria “histórias” dos Direitos Humanos(?).

seja lícito fazer promessas” (2008, p. 59), não é exatamente esta a tarefa para a qual o homem deve se propor com relação aos Direitos Humanos? A indagação nietzscheana no sentido de indagar quanto ao autêntico problema do homem – será ela a responsabilidade(?).

Ora, pode-se afirmar que o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem, a partir do final da guerra, ocorreu em duas direções: da universalização e na sua multiplicação e a decorrente transformação do direito das “gentes” em direito dos indivíduos, dos indivíduos singulares, os quais adquirem o direito de questionar o seu próprio Estado, e vão se transformando de um Estado particular, em cidadãos do mundo (BOBBIO, 1992, p. 68). Muitos dos debates e dos discursos atuais referentes aos DDHH partem da concepção histórica e relativa de tais direitos na dimensão da influência do jusnaturalismo. Mas acreditar, que a cisão se dá pela questão dos direitos naturais é reduzir a questão, desprezando sua verdadeira abrangência.

Ademais, quando não há, no tempo, distância suficiente para plasmar uma interpretação evolutiva que, por circunstâncias outras, conduza a um sentido diverso do que dela decorre, apresenta-se o fracasso e o “esquecimento” de qualquer fundamentação dos DDHH de tal forma a abarca uma lista sem fim de direitos, se pertencentes e com respeito ao ser humano e a sua extensão pode se dar de forma infinita que não tenha sentido a terminologia dos DDHH.

Sobre tal lógica convém recordar a lição de Clara Dias (2006, p. 248) no sentido porque amamos nossos animais, exigimos que estes sejam tratados adequadamente; porque a vida requer um ambiente sadio que se estende as preocupações as florestas e aos rios. Até quando a ampliação de direitos a outros seres vivos deterá o interesse ou seguirá uma visão especicista. São as convicções morais futuras que detém a resposta. Não que isto fosse “vida” ou “morte” para os DDHH, mas é de suma importância, na medida de sua formação e (re)afirmação.

Se neste o objetivo fosse apontar uma produção de normatividade de qualquer outro campo do Direito, talvez se pudesse falar de suas clássicas teorias formadoras, hauridas das lições do Direito Romano-germânico, por exemplo. Entretanto, neste ponto é feita referência aos DDHH a partir das primeiras relações do homem<sup>142</sup>, passa-se pelo estabelecimento e reconhecimento no campo da ciência jurídica, indo dar seu salto quântico com os estudos

---

<sup>142</sup>Conforme o primeiro capítulo deste trabalho, especialmente subcapítulo “2.1 Matrizes históricas e formadoras: o primado dos Direitos Humanos”.



realizados depois da segunda metade do século XIX, notadamente, após a 2ª. Guerra Mundial, e, sobretudo, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (BRASIL, 2009j).

Representativo do que se propõe afirmar, é a constatação seguinte. É difícil apontar que tenhamos evoluído o bastante para reconhecer os direitos na sua fonte de produção, como essência, e não como proposta que separa em dois pólos antagônicos, o direito material, histórico dos Direitos Humanos e o direito instrumental, enquanto processo de sua dinâmica, sistêmico, que “concebe o direito como uma norma editada pelo Estado. Somente ao conseguirmos superar esse pressuposto, vendo fenômenos jurídicos em comunidades humanas pré-estatais, em expressões rudimentares, como nos mostram os estudos de arqueologia jurídica, seria possível aceitar a existência de direitos que não contenham “dentro de si” o mecanismo de sua realização judicial e, mesmo assim, sejam perfeitamente eficazes como direito, enquanto realidades histórica e sociológica”. (SILVA, 2008, p. 183).

Se assim for teremos de nos deter na árdua tarefa de eleger um arcabouço teórico-material para os DDHH e outro, provavelmente de cunho processual-prático, para tratarmos de sua instrumentalidade. Ora, há de se convir, por mais que se insista na sua ampla existência, há ainda aqueles que, convencidos, querem outros convencer acerca da não existência dos DDHH<sup>143</sup>, ou o seu uso por “gregos e troianos” de que nos avisa Correias (2003, p.11).

Não é por outra razão que Bobbio anuncia o não fundamento absoluto – na medida em que informa que “os direitos não nascem todos de uma vez” (2004, p.26), de forma que sejamos alertados da compatibilização dos conceitos éticos, sociológicos, antropológicos, políticos e históricos de modo a construir a definição jurídico-constitucional da expressão que estão a reger a sua formação e aplicação, com a finalidade de obter-se o real sentido e o alcance da sua normatividade.

A concepção de uma fundamentação racional de sua normatividade tem alcançado sua expressão na Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela Assembléia geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 (BRASIL, 2009j). Portanto, o elemento da

---

<sup>143</sup> Não é de todo raro encontrar quem defenda a tese da ficção e do sem-sentido dos direitos naturais – formulada por Jeremy Bentham (1748-1832), da construção mítica e enganosa da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, plena de sofismas anárquicos, equiparada ao sem sentido da teoria do contrato social. (BENTHAM, 1988). Da mesma forma, para MacIntyre não existem os direitos humanos e crer neles é como crer em bruxas ou unicórnios. (1984, p. 189).

autoridade não encontra adeptos na perspectiva normativa dos DDHH. Nessa orientação remanesce “uma fundamentação orientada, não ao esclarecimento das bases do reconhecimento histórico desses direitos, mas ao descobrimento dos princípios racionais que conduzem até a necessidade racional da sua proclamação e garantia.[...]” (CULLETON, 2007, p. 58).

Mais recentemente, incorporaram-se a tais estudos as vertentes relativas aos DDHH dotados de seu caráter universal, examinando os princípios que lhes dão base e sustentação, que no caso de uma tradução normativa, pode-se antever que ganhou enorme impulso, no caso do Brasil, após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, com a chamada instrumentalidade de que estão sendo dotados os movimentos sociais e a própria efetividade que deles são esperados, além, é claro, das preocupações com uma teoria abarcadora de sua universalidade, situação que, se comparada com as outras disciplinas do Direito, chama-se do fenômeno de coletivização e não mais individualização dos direitos.

Habermas (2004, p. 243) propõe que quando for levado a sério a concatenação entre o Estado de Direito e a democracia ficará claro que o sistema dos direitos não ignora as condições de vida sociais desiguais, nem tão pouco as diferenças culturais. O enfoque seletivo desaparece quando desde que se atribua aos titulares de direitos subjetivos uma identidade concebida de maneira intersubjetiva. Pessoas somente são individualizadas por meio da coletivização em sociedade.

Da mesma forma, Habermas segue advertindo que, uma teoria dos direitos, se correta, há de exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, o que inclui os contextos que lhes dão identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que faça correção ao individualismo do sistema de direitos. É preciso, simplesmente, que ocorra a realização coerente do viés individualista, o que, sem os movimentos sociais e sem as lutas políticas, tais realizações teriam poucas chances de acontecer. (2004, p. 243).

Portanto, na compreensão desta pesquisa a responsabilidade detém particular importância. Sem ela o reconhecimento não se firma, os direitos não são resguardados, de onde convém um pacto de gerações de tal forma que resguardando o presente faz-se proteção quanto ao futuro, e igualmente, se pode falar e recordar do passado.

Por isto o legado do princípio responsabilidade, decorre simbólica e necessária em face da proteção dos DDHH, em prol de sua efetividade, qual seja, na lição de Hans Jonas, “A

marca distintiva do ser humano, de ser o único capaz de ter responsabilidade, significa igualmente que ele deve tê-la pelos seus semelhantes [...]: a faculdade para tal é a condição para sua efetividade” e isto é inseparável da existência do homem tanto quanto ele seja capaz de responsabilidade, tal qual a sua natureza falante. (JONAS, 2006, p. 175-176).

Desta maneira a questão da responsabilidade na abordagem desta pesquisa coloca-se no quadro da reflexão contemporânea, portanto pode revelar-se “nova”, qual seja, um novo tipo de responsabilidade se comparada com as formas tradicionais (por exemplo a responsabilidade civil que é decorrente de aplicações da ciência jurídica) e advém de um impulso vital de responsabilidade, um compromisso tal que, inexistindo ou deixando de ser atendido, por isto é do agir humano, afeita a obrigação de agir responsável, de forma razoável, prudente e compromissada. Isto tem a ver com uma concepção complementar de responsabilidade, que se define em função do poder acrescido e potencialmente destruidor do ser humano sobre seu ambiente, no caso, a responsabilidade do homem em relação as gerações futuras de que nos socorre o legado jonasiense (2006).

Para Hans Jonas o que há em comum entre ambas as responsabilidades pode ser resumido em três fundamentos: totalidade, continuidade e futuro, pela pertinência da sorte do ser humano – este tem o caráter precário, vulnerável revogável - um modo peculiar de transitoriedade, o que justifica o modo de proteção. O ser humano partilha com o homem responsável a comunidade humanum e, conseqüentemente tem sobre ele um direito originário, mesmo que não exclusivo. O ser humano, todo ele, tem seu próprio fim e portanto, não há outra justificativa. (2006, p. 175).

Sobre a premissa anterior, o homem não tem qualquer outra vantagem em relação aos outros viventes, a não ser pela assunção de responsabilidade de garantir os próprios fins aos demais. Portanto, as finalidades dos que partilham com ele a condição humana, quer ele compartilhe ou apenas as reconheça, o que inclui o fim último da própria existência, pode-se resumir: o arquétipo de toda responsabilidade é aquela do homem pelo homem. Isto guarda um significado, por mais unilateral que seja a relação, ela é reversível, o que inclui a possível reciprocidade e, em igual medida condiz com a compreensão de que sou responsável por alguém e também sou responsabilidade de outros. (JONAS, 2006, p. 175).

Todos os seres vivos podem ser alvo da responsabilidade? Para Hans Jonas a resposta é positiva na medida em que “somente o Ser vivo, em sua natureza carente e sujeita a riscos – e por isso, em princípio, todos os seres vivos – pode ser objeto de responsabilidade”.

Esta segundo ele é apenas a “condição necessária, não a condição suficiente para tal” (idem, *ibidem*, p. 175).

Frente tais considerações, é útil repassar a lição da existência da humanidade enquanto imperativo do princípio responsabilidade. Pois bem, a prioridade do homem, enquanto ser humano, candidato e autor da responsabilidade humana, carrega em si o dom da dignidade do homem e enquanto tal há um “sentido potencial” de tal forma que a “existência do homem é uma prioridade, pouco importando que ele a mereça em virtude do seu passado ou da sua provável continuidade”: sendo “obrigatória por si mesma, precisa ser mantida graças à continuação da espécie”. (JONAS, 2006, p. 176-178).

É certamente uma questão da esfera da responsabilidade saber da modalidade do agir humano, razão porque é vinda a hora de plasmar novos pontos para discussão de como está o estabelecer no mundo das relações jurídicas humanas (promoção e atuação dos DDHH), tendo como fio condutor o agir do homem, agir este responsável em relação com os seus e o mundo onde se coloca e vive. A questão do futuro, da continuidade através do tempo, integra a responsabilidade coletiva, o pacto transgeracional de responsabilidade, que contempla o presente, o futuro, e desta maneira, também se fala de um passado, que é dito histórico, que está no meio, entre, acima e embaixo, e que se sobrepõe um ao outro.

A tradição coletiva do homem e o retrato de sua humanidade, em contato com a vida em sociedade, amplia-se no mundo histórico, razão porque, no imperativo janasiense (2006, p. 187), o caráter vindouro do que deve ser objeto de cuidado constitui o espectro do futuro que está mais próximo da responsabilidade. A sua renúncia diante do direito do que ainda não existe e cujo futuro o próprio homem há de tratar de garantir.

A responsabilidade é, na matriz teórica transgeracional, a compreensão da constituição ontológica do Ser temporal, do mesmo Ser que submetido as ameaças do progresso tecnológico, encontra a vida, a liberdade e a segurança, essencialmente ameaçadas.

Para o futuro próximo, conforme nos alerta Bobbio, o tema de que se ocupa as organizações internacionais e que logo estará no centro de fortes debates a respeito do que é central em uma política sustentadora de proteção e de promoção dos Direitos Humanos (2007, p. 204), talvez seja vislumbrado o momento de (re)pensar novos pontos para discussão sobre uma teoria de tais direitos que ultrapasse os limites da pesquisa sobre promoção, proteção e não-violação e (re)discuta esses elementos, ultrapassando os conceitos fornecidos pela teoria da sua instrumentalidade, de forma a permitir o exame das diversas teorias sustentadoras da

sua produção protetiva e normativa; com os coeficientes de legitimação dos exercentes e formadores de sua proteção; e, por último, com a inserção, ou não, de controvérsias jurisdicionais e não-jurisdicionais de seu conceito e de seus fundamentos, *v.g.*, o controle de sua proteção, promoção e não-violação, *in abstracto*, dentre os quais, o princípio responsabilidade.

Também é preciso orientar o pacto responsabilidade para além de uma apreciação da ação do simples agir humano, mas sem desmerecer o “deve-se” da responsabilidade (JONAS, 2006, p. 216). As circunstâncias e os avanços em que situam sujeito e objeto, sujeito e sujeito, requer sejam pensados e ponderados para aplicação em um quadro social amplo para o qual a vocação coletiva do Direito Fraternal, tomado sob o viés do paradigma transdisciplinar e como método de pensamento, requer seja compreendido para o estabelecimento e construção de pontes que buscam a intercompreensão e que sugerem laços intersubjetivos entre os homens e sobre os direitos que se buscam promover e proteger.

Que melhor contexto que não nas relações dos Direitos Humanos e que melhor lugar que não na França, “nesse país amante da humanidade” (ARENDDT, 1989, p.192) pode-se assentar o início da relação da fraternidade a partir da aceção da política estatal? Ora, partindo da consideração de que tais direitos são um construído, uma invenção em constante dinâmica de construção e reconstrução (ARENDDT, 1989, p.335), a partir de uma perspectiva histórica de construção e de reconstrução, “observa-se que o discurso jurídico da cidadania sempre enfrentou a tensa dicotomia entre os valores da liberdade e da igualdade”. (PIOVESAN, p. 340). Por isto, é importante cobrar do legado da liberdade e da igualdade o início da sustentação da fonte estatal da fraternidade – iniciada com a revolução francesa.

Se de um lado, no dizer de Hannah Arendt (1999, p.189) a liberdade<sup>144</sup> nasce do relacionamento entre mim e mim, qual seja, a relação advém de si para si, ou dela por ela

---

<sup>144</sup> Significativo registrar, no âmbito da liberdade, conforme examina Hannah Arendt, que tanto o latim como também o grego, possuem dois verbos para o “agir”. O verbo “*árkhein*” significa começar, conduzir e governar; é a liberdade vivenciada com espontaneidade; e “*práthein*” significa levar a cabo alguma coisa. Mas somente com o “outro” é possível levar a cabo o que se começou. Em latim o verbo “*agere*” significa por alguma coisa em movimento, enquanto “*gerere*” significa a continuação de atos passados, de forma permanente e sustentadora. (2005, p.214). De outra banda, Amartya Sen (Prêmio Nobel de Economia no ano de 1998 por suas contribuições à economia do bem-estar) apresenta dois tipos de liberdades. As liberdades formais é por ele traduzida por *liberties* – em contraposição a *freedoms*, que é em sua obra apresentada como liberdades substantivas. *Liberties* tem relação com os direitos individuais, são as liberdades sociais básicas. A *substantive freedoms* (liberdade substantivas) referem a capacidades elementares, como estar livre de fome crônica, subnutrição, morbidez evitável, morte prematura e, também, as liberdades associadas a ler, escrever e contar, ter participação política, liberdade de expressão. (2000, p.75-76).

mesma, a igualdade se assenta na relação de uns com os outros. Tal qual a igualdade, a fraternidade também se dá na relação de uns com os outros, mas ela requer a compreensão do ser solidário, o ser que vivenciou o ser livre.

Sobre tal viés, objetiva-se examinar o raciocínio da importância da fraternidade a partir de sua origem, tendo por pretexto a divisa francesa da “liberdade”, “igualdade” e fraternidade”.

A tensa relação da crise anunciada e vivenciada na modernidade comporta dois princípios os quais têm sido anunciados como de vital importância. Desde os grandes conflitos que marcaram a sua época, ou antecederam períodos cruciais, os princípios da igualdade e da liberdade têm sido alvo do investimento doutrinário. O mesmo não se pode esperar quanto à Fraternidade. Não sem razão, busca-se analisar a fraternidade ao lado de tais princípios, certa de que ela é de importância ímpar à presente pesquisa, o que justifica a conveniência de examinar os três princípios no momento histórico por eles anunciados.

Até este momento, nada de que o homem lançou mão - incluindo a teoria jurídica, e onde estão a cartilha da igualdade e da liberdade - nas suas relações entre os seus, incluindo as relações perpetradas perante a comunidade internacional, não levou a diminuição de sofrimento, a resolução dos conflitos, a harmonia nas relações entre os povos, razões pelas quais, convém redobrar a atenção para outra forma de direito. Nesta pesquisa a escolha temática recai sobre o Direito Fraternal e seu princípio embaixador, no caso a fraternidade. Ainda que a problemática não tenha sido resolvida na prática, com exceção da Declaração Universal (BRASIL, 2009j) e de vários outros documentos nesta ordem, a linha de tendência que a fraternidade expressa convém não ser subestimada.

Para Hannah Arendt os homens não nascem iguais, mas se tornam iguais porquanto membros de um grupo decorrente de uma decisão que venha garantir reciprocamente direitos iguais. Da mesma forma, ela não nos é dada, mas resulta da organização humana, sendo orientada pela Justiça. (1989, p.335).

Naquilo que o homem não pode mudar e atuar, condiz a idéia da liberdade ou da não liberdade. Para que recorrer a ela onde tudo, absolutamente tudo ficou igual?

Para responder a proposição teceremos algumas considerações em torno de três aspectos – o social, a partir do construto político; relatos de duas situações reais; o binômio igualdade *versus* liberdade. Por último faremos a conclusão sobre.

- O primeiro (o social a partir do construto político): ao examinar o papel dos DDHH no desenvolvimento, segundo Amartya Sen (2001, p.31) é preciso levar em conta tanto a importância constitutiva quanto a instrumental dos direitos civis e liberdades políticas. Neste sentido Sen (2001, p.175) enumera três pontos, a partir dos quais ele demonstra que a necessidade econômica não diminui a urgência das liberdades políticas. São eles: sua importância direta para a vida humana, incluindo a capacidade de participação política e social; o papel instrumental de aumentar a capacidade das pessoas de serem ouvidas; e seu papel construtivo na conceituação de necessidades em um contexto social.
- O segundo (relato de duas situações):

CASO 1: Na seca de 1973 em Maharashtra, na Índia, a produção de alimentos diminuiu tão drasticamente que a quantidade produzida per capita foi metade da registrada para a África subsaariana. Entretanto, não houve fome coletiva em Maharashtra (onde 5 milhões de pessoas foram empregadas em projetos públicos organizados rapidamente), ao passo que na África subsaariana ocorreram fomes coletivas de grande vulto. Além desses contrastes entre as experiências de cada país na prevenção das fomes coletivas, que ressaltam eloquentemente o papel protetor da democracia, existem algumas evidências intertemporais interessantes relacionadas à transição de um país para a democracia. A Índia, por exemplo, continuou a ter fomes coletivas exatamente até a época da independência, em 1947. A última delas – uma das maiores – foi a de Bengala, na primavera e verão de 1943 [...] <sup>145</sup>; calcula-se que morreram entre 2 e 3 milhões de pessoas devido a essa fome coletiva. Desde a independência e a instalação de um sistema democrático multipartidário, não houve nenhuma fome coletiva substancial, apesar da ocorrência bastante frequente de sérias deficiências nas safras e enorme perdas de poder aquisitivo (por exemplo, em 1968, 1973, 1979 e 1987). (SEN, 2001, p.210)

CASO 2: Um terremoto de magnitude 7 na escala Richter atingiu o Haiti, terça-feira, dia 12 de janeiro de 2010, às 16h53 no horário local (19h53 em Brasília). Com epicentro a 15 km da capital, Porto Príncipe, segundo o Serviço Geológico Norte-Americano, o terremoto é considerado pelo órgão o mais forte a atingir o país nos últimos 200 anos. Dezenas de prédios da capital caíram e deixaram moradores sob escombros. Importantes edificações foram atingidas, como prédios das Nações Unidas e do governo do país. O presidente haitiano, René Préval, afirmou que pelo menos 7 mil pessoas mortas no terremoto já foram enterradas em uma vala comum. Estimativas mais recentes do governo haitiano falam em mais de 200 mil mortos e 50 mil corpos já enterrados. O Haiti é o país mais pobre do continente latino americano <sup>146</sup>. (BRASIL, 2010/)

- O segundo (binômio “igualdade *versus* liberdade”): Para Hannah Arendt, os homens não nascem iguais, mas estes se tornam iguais como membros de um grupo em virtude de uma decisão conjunta de garantir-se direitos iguais,

<sup>145</sup> Suprimi a observação – para permitir a leitura sem interrupção. Entretanto julgo pertinente anotar o testemunho: “que aos nove anos de idade pude testemunhar em todo o seu rigor”, refere Amartya Sen, prêmio Nobel em Economia.

<sup>146</sup> Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI4209048-EI14687,00-Apos+tremor+ONU+diz+que+Haiti+vive+catastrofe+historica.html> Acesso em 15 jan.2010

de forma recíproca. (2001, p. 335). De outro norte, a DUDH, logo no início refere: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, e ela fora precedida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Os homens nascem livres e iguais nos direitos” (BRASIL, 2009i) e, ainda, retrocedendo no tempo tem-se a Declaração de Independência dos Estados Americanos, de 1776: “Nós consideramos incontestáveis e evidentes por si mesmas as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais, estão em primeiro lugar, a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (BRASIL, 2009h). A doutrina e os documentos internacionais ora citados, inquestionavelmente, referem a liberdade e a igualdade. Há, entretanto, uma diferença: a igualdade é apresentada enquanto condição fundamental. A liberdade é apresentada acompanhada de outros direitos.

Serão tecidas as conclusões sobre os pontos colocados. Os dois casos relatados não deixam dúvidas da importância da liberdade e da igualdade. No Caso 1, tem-se que é possível evitar as fomes coletivas regenerando-se o poder aquisitivo perdido dos grupos que foram drasticamente afetados, o que no caso, aconteceu com a oferta de emprego de emergência, onde as vítimas potenciais obtiveram alimento por meio de renda. Aqui tem claramente a atuação da igualdade (emprego para todos) e liberdade (do exercício do emprego). No caso não foi o oferecimento de comida e a disponibilização desta através de doação, importação, etc., que facilitou o acesso imediato. No caso 2, a situação é deveras séria urgente, e dependente de atuação imediata. O emprego (trabalho ou ocupação) naquele momento pouco ou de nada adiantaria. A situação de igualdade eles já a tem e, da mesma forma, a liberdade de ir e vir, de escolha de ficar onde(?), pouco importa.

Qual é a sustentação teórica de onde poderia decorrer o imediato auxílio? Ora, o reconhecimento da diversidade (não a igualdade ou a liberdade) dos grupos por meio do reconhecimento de suas necessidades faz-se urgente. Isto se torna evidente em toda tentativa de concretizar o princípio da fraternidade, que não conhece limites substantivos ou pessoais. Antes, traduz o “mundo” e alcança a humanidade, reconhece o outro e o outro mais o outro e o nós, e até o estranho, qual seja, o “desejo por diversidade contém um momento centrífugo numa comunidade política mantida junta por meio de regras gerais válidas” (DENNINGER, 2003, p. 34). Esta combinação de objetivos pode levar ao assentamento de uma política estatal constitucionalizadas sob a marca da fraternidade, que situações concretas ensinam e cobram no nível do sistema constitucional ou esfera internacional, mas, sobretudo, questões que



merecem ser comportadas sob a marca de um pacto de responsabilidade que tem no homem, inclusive os homens do futuro, a sua imagem de princípio responsabilidade: “priorizar a responsabilidade por aquilo que se encontra em andamento e é mantido em movimento por nós” e pela fraternidade. (JONAS, 2006, p. 216).

Em outras palavras: enquanto a afirmação da igualdade encontrou nela mesma a expressão de sua validade jurídica, a liberdade está sendo apresentada junto a outros princípios. Inexistente qualquer eficácia prática a tal respeito, entretanto, a sua recepção nas constituições, por mais que possa traduzir a expectativa de proteção, nos casos relatados, a eficácia jurídica dos direitos, somente terão valor universal na medida em que, o sujeito de uma comunidade estatal, possa igualmente ser na comunidade internacional, em condições de fraternidade. Se o oposto for permitido, somente na lógica da liberdade e da igualdade, sempre advirão situações onde a liberdade e a igualdade, nas suas ordens organizativa, detenham muitas complexidades. Quanto mais liberdade, menos se justifica a igualdade; quanto mais igualdade, qual o sentido da liberdade(?). Portanto, enquanto instrumento de proteção, a fraternidade tem um papel a ser cumprido.

### **3.3 O Estado da Arte: a Teoria do Princípio Responsabilidade e a interpretação dos Direitos Humanos para a sua realização prática (de responsabilidade fraterna)**

Pretende-se neste ponto da pesquisa abordar, alguns aspectos eleitos a luz do princípio responsabilidade e de sua prática tendo como marco teórico e proposta de estudo duas obras<sup>147</sup> que levam o mesmo nome e que são indicadas neste estudo, em torno de três conceitos importantes, o moral, o ético e o jurídico, na teoria problematizante identificada por Hans Jonas (que está neste estudo também denominada, ora teoria, ora modelo, ora sistema, ora processo), procurando dar qualidade e emprestar reflexão ao tema objeto da presente pesquisa.

A tônica da teoria do princípio responsabilidade (JONAS, 2006) é um convite para a

---

<sup>147</sup> JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. (Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez). Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006; JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad. (Trad. Carlos Fortea Gil). Barcelona/Buenos Aires, Ed. Paidós Ibérica y Ed. Paidós, 1985

reflexão quanto a responsabilidade moral, que parte tanto de uma constatação fática – a vulnerabilidade da natureza na era tecnológica (era da técnica, do *homo faber*<sup>148</sup>), como também a do imperativo kantiano – o *a priori* do respeito a todas as formas de vida, enquanto que o modelo instalado pela “técnica e a prática do princípio responsabilidade” (JONAS, 1985) contempla a tecnologia; o conteúdo substancial da tecnologia incluindo os poderes confiados aos homens e as novas formas de atuação e conduta humanas; e a ética da tecnologia como exigência da responsabilidade humana. (JONAS, 1985, p. 15 e p. 33).

Ocorre o compromisso de perpetuar, integrar e cuidar é essencial no legado teórico de Hans Jonas. Verdadeiramente o dever para com a continuidade da espécie, é o primeiro dever do homem, porquanto raça e princípio de sua responsabilidade para com os seus e o planeta. Nota-se que o modelo para a civilização tecnológica (JONAS, 2006) instala o convite-denúncia da “continuidade da espécie”, sendo muito significativa a lição da natureza: uma floresta levou milhões de anos para ser formada. Se o homem a destruir, poderá refazê-la, porém terá havido quebra de continuidade. O axioma básico da teoria jonasiana inaugura o discurso de estender tal compromisso para com o ser humano, na sua vocação e na sua responsabilidade para com o todo.

Ilustra-se uma cena, reveladora do contexto dos DDHH na contemporaneidade, a título de ilustrar a teoria e o compromisso da prática que daí decorre, conforme sinalizada pelo modelo de Hans Jonas:

Vive-se, pois na época da exclusão generalizada. Um mundo onde 4/5 dos habitantes sobrevivem no umbral da miséria; onde, segundo o informe do Banco Mundial, de 1998, à pobreza somam-se 400 milhões de pessoas por ano, significando que, atualmente, 30% da população mundial vive (sobrevive) com menos de um dólar por dia – afetando de modo especial as mulheres – e 20% da população mais pobre recebe menos de 2% da riqueza, ao passo que os 20% mais ricos reservam 80% da riqueza mundial. Um mundo onde, em razão dos planos de (des)ajuste estrutural, impõe-se o desaparecimento das mínimas garantias sociais: mais de 1 milhão de trabalhadoras e trabalhadores morrem de acidente de trabalho, 840 milhões de pessoas passam fome, 1 bilhão de seres humanos não têm acesso a água potável e são analfabetos (PNUD, 1996). Um mundo onde as mortes devido à fome e às doenças evitáveis, chegam, por ano, a cifras iguais às mortes

---

<sup>148</sup> Há uma reflexão que julgo pertinente ser aqui tomada. Trata-se do *homo faber*, de quem anuncia Hannah Arendt, que ocupa-se da fabricação e sobre o qual paira a informação de que “só o *homo faber* se porta como amo e senhor de toda a terra” e do uso de seus utensílios e instrumentos advém a experiência fundamental da instrumentalidade. (2009, p.152 e 166)

ocorridas nas Torres Gêmeas, multiplicadas por 6.000. Resta evidente que não importam as pessoas, mas, unicamente, a rentabilidade. (FLORES, 2004, p. 360).

Traduzindo o modelo da prática do princípio responsabilidade (JONAS, 2006; idem, 1985), a partir da situação apresentada por Herrera Flores (idem, ibidem), apresenta-se a questão examinada a partir de três aspectos: o primeiro, a existência de um mundo habitável - que o (não)acesso à água potável representa; de outro lado, o fato de “1 milhão de trabalhadoras e trabalhadores morrem de acidente de trabalho”, ou “Um mundo onde as mortes devido à fome e às doenças evitáveis, chegam, por ano, a cifras iguais às mortes ocorridas nas Torres Gêmeas, multiplicadas por 6.000”; corroboram o segundo aspecto da teoria de Jonas, qual seja, a existência de uma humanidade, pois sem humanidade desaparece o ser; o terceiro aspecto, um ser tal revelador da vida e de suas relações – “afetando de modo especial as mulheres”<sup>149</sup>, ou, ainda, “Resta evidente que não importam as pessoas, mas, unicamente, a rentabilidade”.

Referidos enfoques revelam as notas que seguem as determinações de uma ordem global e que estão a cobrar uma atuação dos DDHH comprometidas com a sua efetividade e eficácia de sua esfera prática de responsabilidade. Se se quiser refletir a partir das especificidades, há de começar a partir da seguinte constatação: na ordem de tais questões, desde uma teoria comprometida com os direitos humanos, Herrera Flores registra que a polêmica em torno dos resultados dos DDHH, centra-se atualmente em torno de duas visões, duas racionalidades e duas práticas: uma visão abstrata, vazia de conteúdo, baseada nas circunstâncias reais das pessoas e centrada na mensagem ocidental de direito e de valor da identidade, que cobra uma racionalidade jurídico-formal e práticas universalistas; outra, uma visão localista onde predomina o “próprio”, o nosso, com respeito aos outros, centrada na idéia de cultura e de valor da diferença, que cobra uma racionalidade material-cultural e práticas particulares. (2004, p. 364-365).

As duas visões contêm razões que as justificam, uma vez que as questões de ordem práticas indicadas frente ao direito examinado desde sua aparente neutralidade, busca garantir

---

<sup>149</sup> Na mesma obra, há ainda a seguinte informação a respeito da situação das mulheres no mundo: “As violações ocorrem tanto no caso das mulheres, condenadas a viver enclausuradas e apartadas dos processos sociais cotidianos, como no caso dos seres humanos, condenados pelas políticas colonialistas de destruição de seus países de origem a buscar trabalho em um ambiente hostil de um Ocidente-fortaleza. [...] (FLORES, 2004, p. 383). A conclusão sugere que ela sofre duplamente: tanto na esfera doméstica, como no (r)estabelecimento de suas relações sociais, de trabalho, doméstica.

uma convivência comum com todos e não com uns perante outros. Na questão da cultura que lhe diz respeito, busca garantir os símbolos, segundo uma valoração que orienta a ação do grupo. Nem o direito, garantia da identidade comum, é neutro. Nem a cultura, garantia da diferença, é fechada. Por isto, é relevante a construção de uma cultura de direitos que tenha em seu marco a universalidade das garantias e o respeito ao diferente. Isto é uma outra visão, uma visão complexa dos direitos humanos. Seu esquema compreende desde a sua visão da complexidade, passando por uma racionalidade de resistência, e chega a uma prática intelectual. (FLORES, 2004, p. 365).

Será que a visão da complexidade anunciada por Herrera Flores (2004, p. 366-378) é a resposta para o universalismo dos direitos *versus* particularidade das culturas? A conclusão, segundo ele, é positiva. A justificativa para tanto, estaria no fato de que falta contexto às visões reducionistas da realidade, e este é precisamente o conteúdo da visão complexa, a incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos da experiência, para uma prática social híbrida, uma vez que nada é hoje puramente uma só coisa. Uma prática criadora e recriadora de mundos, que esteja ligada às conexões entre as coisas e as formas de vida, a uma atitude do novo agir cuidador e responsável ilustrativo dos direitos e deveres específicos, denunciador de uma eficácia positiva na atuação da prática do princípio responsabilidade em torno dos DHHH, precisamente: “aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida” (JONAS, 2006, p. 47-48).

O legado teórico de Jonas (2006) sustenta-se no dever e no temor. Quanto ao dever, sustenta-se no axioma tríplice de um mundo habitável; a existência e a continuidade da humanidade, e de uma humanidade tal que seja criadora. Na heurística do temor, referida teoria defende as virtudes da cautela e da moderação do agir, um misto de tolerância, respeito e medo, redimensionando as consequências do perigo, através da consciência do perigo, seguindo a ética da responsabilidade, do agir responsável afeito ao comportamento público e social, o que é distinto do imperativo categórico kantiano, que prega o agir responsável na esfera do campo privado.

Hogemann (2006, p. 481) refere que o agir imperativamente decorre da real ameaça que há sobre a vida futura do planeta, ou em outras palavras, é im procedente a dicotomia técnica boa/técnica má, e remete o fundamento à conferência de Hans Jonas “Por que a técnica moderna é objeto da ciência” que afirmara: a virtude da ciência pode converter-se em sua maldição: o irmão Caim (a bomba atômica) é mau, mas o irmão Abel (o pacífico reator)

também pode sê-lo.

Aplicada aos DDHH, referido sistema, confere ao processo da responsabilidade um imperativo em que a situação a seguir delimita a crucial situação de tais direitos, certificadora do não agir responsável:

Quando veio o tifo e o cólera, nos disseram que ninguém tinha culpa. Esse terrível ninguém! De quantas coisas temos que responder! Não há no mundo quem traga tanto mal como ninguém. Ninguém adultera nossa comida. Ninguém nos envenena com bebidas ruins. Ninguém nos fornece água fédita. Ninguém difunde a febre nas ruas e nas ruelas sem uma varredura. Ninguém deixa as ruas sem esgoto. Ninguém enche os cárceres, penitenciárias e estações. Ninguém faz furtadores, ladrões e bêbados. Ninguém tem uma teoria, mas uma teoria horrível. Está encerrada em duas palavras: *laissez faire* (...) “deixa-nos em paz”. Quando envenenam a gente com mate mesclado, com farinha, o remédio é “deixa-nos em paz”. Quando se utiliza *coculus indicus* em vez de lúpulo e os homens morrem prematuramente, é fácil dizer: “Ninguém fez isto”. Deixa que quem pode descobrir quando se engana: adverte prontamente. Quando a gente vive em vivendas hediondas, deixa-nos em paz. Deixa que a desgraça traga seu trabalho; não ponhas obstáculos a morte. (GORDON apud MARTÍNEZ, 2004, p. 150)

Do caso apresentado, indicado como caso prático, denota-se a relação de não responsabilidade a que está submetido o planeta e o ser humano em suas relações decorrente do poder da técnica. Entretanto, de acordo com o legado teórico de Hans Jonas (2006), adverte-se para: a) agir humano que valora a sobrevivência a longo prazo, e portanto em situações de perigo ao qual está submetido o planeta; b) agir humano que ocupa-se da sobrevivência da humanidade; uma atuação teórica-prática, firmada na heurística do medo.

Parte-se da premissa de examinar os valores que os seres humanos agregam nas relações que dizem respeito aos direitos humanos, problematizando algumas situações de ordem prática, no sentido de que o homem é autor de sua história individual e coletiva, portanto, seres cujos atos trazem a marca de uma moralidade mínima e, de valores que comportam um mínimo do agir humano responsável, capazes de escolher entre o “bem e o mal”<sup>150</sup> que dá conta o princípio e a prática do princípio responsabilidade jonasiense e, seguindo tal fórmula, dimensionar as consequências de suas relações, no âmbito da esfera do pacto jurídico-ético responsável baseado em um “sentimento de responsabilidade em longo

---

<sup>150</sup> O significado da possibilidade de escolha entre o bem e o mal goza do significado defendido por Hannah Arendt, no conjunto de sua obra, que restou altamente difundida como a “banalização do mal”.

prazo, e um chamamento à prudência, em curto prazo, no sentido de encarar a dupla face da técnica destes novos tempos e a ambiguidade de seus efeitos” [...]. (HOGEMAN, 2006, p. 481).

Por mais que “a natureza ama ocultar-se, não ser aparente” (HADOT, 2006, p. 28), o homem proclama o revelar, ainda que pelo critério da racionalidade. Contudo, somos livres para rejeitar o voto da natureza. É prerrogativa da liberdade humana dizer não ao mundo. Sou livre de partilhar ou não os valores inscritos na natureza, ou o a vida (des)velada.

Ou então, conforme a subjetividade manifesta, na lição da obra em comento, “à luz do testemunho da vida, [...] podemos dizer, ao gerar a vida, a natureza manifesta pelo menos um determinado fim, exatamente a própria vida” (JONAS, 2006, p. 139).

Hans Jonas indaga – “que sentido pode haver em se falar de um “fim” que não seja exercido por um sujeito em sua subjetividade e, que, portanto, não seja “pensado”? Faz sentido um fim não mental? (2006, p. 138-139).

Na verdade a matriz teórica em estudo prefere uma subjetividade sem sujeito, ou seja, uma interioridade germinal possível através de elementos individuais. As unidades da diversidade comportariam um resultado adiantado, qual seja, a ética anunciada por Jonas parte da constatação de que o homem é o único ser conhecido que tem responsabilidade. Somente os humanos podem escolher conscientemente a partir de alternativas de agir e, tais escolhas produzem consequências, as quais diante das condições da sociedade tecnológica, há de estar à altura do poder que o homem guarda nas mãos. (HOGEMAN, 2006, p. 481).

A relação da progenitura não-autônoma, e não a relação entre adultos autônomos - da qual surge a ideia de direitos e deveres recíprocos - é a genuína ideia da responsabilidade, na matriz do “princípio responsabilidade” (JONAS, 2006): sua ação de caráter contínuo é o lugar de seu exercício. O dever que surge da relação de progenitura nos convida à responsabilidade em relação à humanidade.

A teoria e a prática do princípio responsabilidade têm o propósito da (re)dimensão do compromisso responsabilidade. Sobre isto, o autor firma exatamente este convite, qual seja, discorrer sobre a perpetuidade e, portanto, resguardar e responder para com a continuidade da vida (JONAS, 2006, p. 90-91), o que inclui sua permanência e a relação de seus deveres e dos direitos do homem, resguardando a sua proteção em um pacto de responsabilidade. Esta é a base do princípio responsabilidade e de sua prática.

Por mais que “a natureza ama ocultar-se, não ser aparente” (HADOTT, 2006, p. 28), o

homem proclama o revelar, ainda que pelo critério da racionalidade. Contudo, somos livres para rejeitar o voto da natureza. É prerrogativa da liberdade humana dizer não ao mundo. Sou livre para partilhar ou não os valores inscritos na natureza.

Ou então, conforme a subjetividade manifesta, na lição da obra em comento, “quais são os fundamentos de uma ética, tal como a exigida pelo novo agir? E quais são as perspectivas de que a disciplina, que ela obriga, se imponha nas circunstâncias práticas do homem?” (JONAS, 2006, p. 69).

A resposta é traduzida de tal forma que a primeira questão assenta-se na doutrina dos princípios da moral; a segunda, à doutrina de sua aplicação – concernente ao agir público, à teoria da política. A questão prático-política é mais importante na medida em que se trata do bem. Em comparação com o bem e a necessidade, é mais difícil dizer como o conhecimento eventual de algo mais afastado, partilhado por poucos, poderá influenciar a ação de muitos. Mas, é em função dessa influência, que os defensores desse saber têm de protegê-lo, em primeiro lugar, da suspeita do arbítrio. Não há de estar confiada à emoção; deve legitimar-se teoricamente a partir de um princípio inteligível. Daí a prioridade da questão dos princípios, eis que sua melhor resposta possível tem importância prática em função da autoridade que suas decisões estabelecem no confronto de opiniões, e para a qual não basta a simples plausibilidade ou a evidência emocional de que o futuro da humanidade deve tocar o coração. Ora, deve haver, ou não haver um futuro de tal ou tal feito. (JONAS, 2006, p. 69).

Vê-se, portanto, que “o dilema concreto ora posto há de estar centrado na prioridade para a questão dos princípios”, em razão da autoridade que suas premissas hão de estabelecer: uma ética imperativa; um axioma básico de que “deve haver, ou não haver, um futuro de tal ou tal feito”(JONAS, 2006, p. 69) e uma verdade “objeto do saber filosófico” (idem, p. 70).

A relação da progeneritura não-autônoma, e não a relação entre adultos autônomos - da qual surge a idéia de direitos e deveres recíprocos - é a genuína idéia da responsabilidade, na matriz do princípio responsabilidade: sua ação de caráter contínuo é o lugar de seu exercício.

O dever que surge da relação de progeneritura convida à responsabilidade em relação à humanidade e a sustentação dos seus direitos. A questão dos direitos conforme tem sustentado Bobbio é de fundamental importância, na medida em que dos problemas fundamentais dos tempos atuais, dois se apresentam: os problemas dos direitos do homem e o problema da paz. (2009, p. 111).

Isto significa, em primeiro lugar, na matriz jonasiense que há um dever para com a

humanidade futura, não importando se os nossos descendentes vão estar ou não entre ela. Significa também, “em segundo lugar, um dever em relação ao seu modo de ser, à sua condição” (2006, p. 90) sendo o primeiro dever, o dever da reprodução, e o segundo dever o “modo de ser da futura humanidade” (idem, p. 91) e, tal modo de ser estabelece direitos e deveres, de pertinência dos Direitos Humanos.

Em terceiro lugar há uma herança da evolução a ser preservada. Ela pode não ser tão má porque o homem tem a capacidade de julgar sobre o bem e o mal. Essa herança pode se perder. Na natureza, deve ser mais decisivo o prognóstico de desastre do que o prognóstico de felicidade. Os adeptos da “profecia da desgraça” podem se proteger no argumento de que maior é o pessimismo dos que julgam o existente tão ruim ou sem valor de forma a assumir todo o risco para obter qualquer melhora potencial. (JONAS, 2006, p.91).

Vê-se, portanto, que “o dilema concreto ora posto há de estar centrado na prioridade para a questão dos princípios”, em razão da autoridade que suas premissas hão de estabelecer: uma ética imperativa; um axioma básico de que “deve haver, ou não haver, um futuro de tal ou tal feitio”<sup>151</sup> e uma verdade “objeto do saber filosófico” (JONAS, 2006, p. 70).

A “vocação” da humanidade cobra deveres da ética almejada – a disposição para se deixar afetar pela salvação ou pela desgraça e a disposição para produzir o pensamento para referido sentido. Ambos os deveres são representativos de um princípio ético fundamental.

A regra, que representa a garantia do pacto ético refere que o conhecimento científico que se busca e se pretende para a construção da ética, neste momento, está além do saber posto. Exige-se, pois, um grau de ciência maior do que a traduzida na área tecnológica. Ainda que esta represente cada vez mais o *optimum* da ciência, a cobrança vai além do conhecimento prévio. E isto é uma situação da prática do princípio responsabilidade.

A conclusão que se impõe coloca que o reconhecimento do mal é mais fácil que o do bem. O saber decorre do que, de que e de quem devemos proteger. Não há dúvida do mal se com ele nos encontramos. Antes sabemos o que não queremos do que e o que queremos.

E, aqui, cabe, novamente, a formulação das indagações: “Quais são os fundamentos de uma ética, tal como a exigida pelo novo agir? E quais são as perspectivas de que a disciplina, que ela obriga, se imponha nas circunstâncias práticas do homem?” (JONAS, 2006, p. 69).

A resposta insere-se no sentido de que o primeiro fundamento é relativo aos princípios

---

<sup>151</sup> JONAS, Hans., Ob. Cit., p. 69



da moral e o segundo, relativo à doutrina de aplicação da ética, qual seja, o agir público que se espera, denunciador da esfera do Estado Constitucional.

A lição tomada - na doutrina ética dos princípios está o saber ideal. Na doutrina ética do saber prático, está o agir político. Entre ambos, naquilo que o atravessa e vai além, está o saber real e o eventual da esfera dos fatos que se deve esperar, incentivar ou evitar.

Que saber deve utilizar o agir humano? Ambos. A circunstância e os fatos que indicarão a sua utilização. O homem deve estar em comunhão com o saber ideal e o agir político.

O indivíduo e a sociedade no marco conceitual de seus respectivos conceitos e distinções, gozam de mútuo pertencimento ao espaço social, confiado a promoção ativa da rede suas relações de comunicação. De um lado, o indivíduo ocupado com a sua manutenção e com a contínua melhora do estado de sua humanidade, de outro a sociedade ocupada com o contrato social para proteger e dar segurança aos direitos do indivíduo mediante um ordenamento legal. Concede-se ao bem comum uma certa preferência frente ao bem individual, preferência esta que determina a prática. Ou, melhor seria afirmar, para utilizar uma linguagem do direito: alguns direitos naturais do indivíduo são decididos pelo direito reconhecido pela sociedade. (JONAS, 1985, p. 79)<sup>152</sup>.

Do agir humano, a partir da análise do legado teórico de Hans Jonas, retiram-se três apostas imprescindíveis para o agir humano (2006, p. 83-88), o qual, na dimensão deste estudo, influencia a relação dos Direitos Humanos na sua dimensão prática:

---

<sup>152</sup> Um típico exemplo está contido na DUDH (BRASIL, 2009j), onde no artigo 1, há referência expressa aos seres humanos dotados de razão e consciência. Indaga-se, tal direito, pertencem a demanda do indivíduo. Entretanto, há situações tais a justificar a distinção. Sob a perspectiva de que os ordenamentos civis reconhecem que há indivíduos, como as crianças, ainda que dotadas de razão e consciência, se considera razoável que sobre elas não parem determinadas situações e nem haja imposição e cobrança de determinadas práticas jurídicas, o que justifica a distinção. Outro exemplo: indica-se a ação de objeção de consciência, por ser esta representativa do típico ato de resistência individual e que esbarram com as conotações do interesse público e da sociedade. O objeto de consciência é quem, diante de uma situação que terá de se submeter, não aceita nenhuma das possíveis possibilidades e justificativas apresentadas e a elas, por princípio, não se submete. Neste sentido, ação ordinária nº 2007.71.00.019882-0/RS, ajuizada por Róber Freitas Bachinski contra Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, em que se discutiu sobre objeção de consciência do autor à sua participação em aulas práticas com uso de animais em duas do curso de ciências biológicas. A sentença foi julgada procedente. Disponível em: [http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=jfrs&documento=3312740&DocComposto=&Sequencia=&hash=5bba4665e7fb831406ec56975cfe58db](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&documento=3312740&DocComposto=&Sequencia=&hash=5bba4665e7fb831406ec56975cfe58db) Acesso em 28 nov.2009 (BRASIL, 2009s).

- É imperioso vigiar os primeiros passos, dando primazia às possibilidades de desastre em relação às esperanças por mais que estas sejam fundamentadas.
- A evolução precisa ser preservada. Ela pode não ser tão má porque temos a capacidade de julgar sobre o bem e o mal. Essa herança pode se perder.
- Não se aposta o que não se tem. Não há meios de evitar que o meu agir não afete o destino de outros. Então, se arrisco o que é meu, também arrisco o que é de outro, e, sobre o qual, não tenho direito. O agir pressupõe assumir esse elemento de culpa. Isto vale para a culpa conhecida e para a que devemos conhecer, ainda que por suposição. Presumir ou medir até onde uma consciência pode tolerar de inconsciência – i.é., até onde ferimos conscientemente ou pomos em risco interesses alheio, é uma tarefa da responsabilidade.

Que princípio ético está por trás da aposta do agir e de que razões se nutrem?

A ética deve dispor de um princípio que não seja incerto. Deve-se dar mais peso ao prognóstico de desastre do que ao de felicidade. A partir de hoje e doravante ações dessa ordem ocuparão espaço nos assuntos humanos. Esse *novum* torna obsoleto o ponto de vista da ética anterior, a qual, por carência de cálculo de longo período, cuidava apenas do que é próximo. Isso vale para a esfera privada, na qual as perspectivas de longo prazo são incapazes de ameaçar pragmática ou moralmente as decisões de curto prazo. Em todo agir humano, deve-se interrogar sobre a aposta, o seu resultado e os efeitos colaterais dos lances feitos.

A aposta nos DDHH deve ser vista então, com muitas reservas. A não ser para cuidar de sua proteção, porque incerta, sob pena de incluímos o futuro dos outros em apostas diversas e que não é dele mesmo, ou de apostarmos a existência do homem (2006, p. 86). Jonas indaga se há permissão para arriscar os interesses de outros em minha aposta? (2006, p. 83-84).

Não se aposta o que não se tem (e persiste a questão se alguém pode apostar tudo o que lhe pertence). Não há meios de evitar que o meu agir afeta o destino de outros. Então, se arrisco o que é meu, também arrisco o que é de outro e, sobre o qual, não tenho direito. O agir pressupõe assumir esse elemento de culpa. Isto vale para a culpa conhecida e para a que devemos conhecer, ainda que por suposição. Presumir ou medir até onde uma consciência pode tolerar de inconsciência – i.é., até onde ferimos conscientemente ou pomos em risco interesses alheio, é uma tarefa da responsabilidade, não havendo definição para a doutrina dos princípios. Seria um capricho arriscar algo por motivos fúteis, como o capricho e a leviandade no risco de coisa própria ou alheia. A inconsciência não pode ser desatenta. A leviandade com o bem-estar e a vida próprios não é realmente contestável – uma obrigação o restringe, mas

não o suprime. É a inclusão de outros na minha “aposta” que traz para a leviandade a marca de inaceitação.

Não se pode apostar o interesse alheio no jogo da incerteza, da mesma forma a aposta jamais há de incluir a totalidade dos interesses dos outros, especialmente as suas vidas. O meu agir não pode por em risco o interesse das gerações futuras (2006, p. 85), ou a “existência “do homem” não pode ser objeto de aposta”. Um princípio proíbe experimentos de que a tecnologia é capaz: prefere-se prognóstico de desastre em face de prognóstico de felicidade. Qual o princípio ético fundamental desta validade? “A existência ou a essência do homem, em sua totalidade, nunca podem ser transformadas em apostas de agir” (2006, p.86) ou “A simples possibilidade de situação como esta deve ser entendida como um risco inaceitável em quaisquer circunstâncias” (idem, ibidem).

Nas questões tecnológicas, a totalidade dos interesses em jogo tem um sentido mais amplo que os arriscados nas decisões humanas. Quando o líder político arrisca a sua nação, se vier a derrocada, perecerá a humanidade e a vida no planeta. Nos marcos desse pressuposto encontram-se moralmente legítimos o grande risco. É proibido ao estadista utilizar-se de meio qualquer para destruir a humanidade. (JONAS, 2006, p. 85).

Há ainda as situações deveras difíceis e comprometedoras do discurso ético. O que ocorre quando em lugar de uma cessação, ou de uma não ação, tem-se de julgar uma ação, como ocorre em questões de ordem prática: a administração de drogas analgésicas ou de vacinas em massa obrigatoriamente introduzidas?<sup>153</sup>

A teoria do princípio responsabilidade, conforme restou colocado, é um convite a (re)pensar a própria responsabilidade e com ela o início da ética. Também, é preciso dizer que não se deve exigir de tal princípio a ideia dos direitos e deveres na medida em que, o princípio da responsabilidade nasce da reivindicação. Toda vida reivindica vida! (JONAS, 2006, p. 89).

Mas afinal, o que quer dizer o princípio responsabilidade e a prática de tal princípio? De que forma ela foi e continua sendo capaz de influenciar inúmeras áreas do conhecimento,

---

<sup>153</sup> A gripe influenza H1N1 pelo grau de risco envolvido, com grande repercussão no Brasil, México e muitos outros países, poderá implicar em conduta tornada obrigatória pelo Estado, sob a justificativa do perigo da contaminação. A distribuição da vacina começou a acontecer no início de janeiro de 2010: “O Instituto Butantan, de São Paulo, começa a distribuir as primeiras doses da vacina contra a gripe suína (H1N1). O Brasil terá, no total, 83 milhões de doses para a realização da primeira campanha nacional contra a gripe que deve acontecer entre março e abril, segundo o Ministério da Saúde”. Gripe suína: Instituto Butantan começa a distribuir vacinas importadas da França e EUA. In “O Globo”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2010/01/05/gripe-suina-instituto-butantan-comeca-distribuir-vacinas-importadas-da-franca-eua-915466400.asp> Acesso em 05 jan.2010k.

como é o caso da ética, da moral, do Direito? Qual a sua correspondência com a Ciência Jurídica e por que Hans Jonas fez dela uma matriz justificadora para construir uma teoria amplamente discutida? De que forma referida Teoria pode auxiliar os Direitos Humanos em sua prática?

Ora a responsabilidade é a imposição do agir humano. No caso da reprodução ela se presta espontaneamente, mas nos demais casos, ela requer profunda reflexão, inclusive no agir humano. “Assim ela é a precondição da moral, mas não a própria moral”, mas sozinha ela não consegue atender o princípio efetivo da ética, reconhecimento e disposição de finalidade.

Por mais que se insista no sentido de que o prognóstico não é de todo tão desastroso é preciso que fique claro a situação conflituosa das relações humanas colocadas na dimensão da comunidade internacional. Podemos estar convencidos de que a imensa maioria deseja a paz, então porque a insistência de buscá-la pelo viés da violência?

Tomando por exemplo, o “problema da paz”, que no dizer de Bobbio, junto com o problema dos direitos do homem, constituem “os problemas fundamentais de nosso tempo” (2009, p. 111), o agir humano na corrida armamentista tem comportados dados alarmantes e onde quer que o homem esteja ou em qualquer lugar do mundo os efeitos desses dados são sentidos:

“[...] o número de ogivas transportáveis por meio de mísseis passou, em apenas quatro anos, de 1972 a 1976, de 3.600 a quase 12.000, isto é, mais que triplicou, e que tais ogivas teriam em seu conjunto uma potência explosiva equivalente a um milhão e trezentas mil bombas do tipo daquela lançada em Hiroshima, e o equivalente a três toneladas de explosivos para cada homem sobre a Terra. (BOBBIO, 2009, p. 182)

Quais sejam os gastos militares estão no “[...] ritmo de 1 milhão de dólares por minuto, e que o montante necessário para dar ao mundo pão e moradia é de 17 milhões de dólares ao ano, e que esse é o montante que o mundo gasta em armas a cada quinze dias” (BOBBIO, 2009, p. 182-183).

Nesse rumo, a noção de responsabilidade no quadro do agir humano, transformado, substancialmente, pela ordem tecnológica, tratada por Hans Jonas, pode ser resumida na seguinte fórmula: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”, ou ampliada, para que possamos escutar o coração da responsabilidade: “Inclua na tua escolha presente a futura integridade do

homem como um dos objetos do teu querer” (2006, p. 47-48).

Provavelmente a “receita” mais genuína e verdadeira da responsabilidade (e isto inclui a sua prática), na acepção teórica Jonasiana, seja exatamente a relação da progeneritura não-autônoma, e não a relação entre adultos autônomos (da qual surge a concepção de direitos e deveres recíprocos). Sua ação e reflexão de caráter contínuo é o lugar de seu exercício.

Quanto ao agir do homem, o agir que se espera e que deve-ser, o meu agir, não pode pôr em risco o interesse das gerações futuras. Portanto, e isto é fundamental, a existência “do homem” não pode ser objeto de aposta. Qual o princípio ético fundamental desta validade? “A existência ou a essência do homem, em sua totalidade, nunca podem ser transformadas em apostas de agir” (JONAS, 2006, p. 86). “A simples possibilidade de situação como esta deve ser entendida como um risco inaceitável em quaisquer circunstâncias” (idem, *ibidem*).

Transpondo os próprios desejos e medos, damos aos homens do futuro o direito que essa ética confere a contemporaneidade, que nos obrigamos a seguir e que é responsabilidade particular dos homens – tem-se uma causalidade unilateral do nosso papel de autores. Um direito existente no lado oposto, antecipadamente existente: “o direito desses homens futuros de existirem de um modo que consideramos valioso”, mas será preciso garantir a existência de futuros sujeitos do direito. Referido dever não corresponde a nenhum direito, mas oportuniza ao homem o direito de trazer ao mundo seres como nós. Esse dever primário nos autoriza a conceder existência a todos que virão depois de nós, e, logicamente, impõe uma existência capaz de arcar com o ônus de perpetuar referido dever.

Então qual é o imperativo que se extrai da teoria do princípio responsabilidade e de sua prática no contexto dos direitos humanos?

Não se há de perder que o homem não é somente responsável pelos homens do futuro, mas pela ideia do homem. A sua corporificação no mundo, a sua presença deve ser preservada. Então nós – enquanto pertencentes a comunidade internacional humana - que se pode ameaçar uns aos outros, havemos de ser responsáveis pela “ideia do homem, na medida em que nos diz por que devem existir homens, nos diz também como eles devem ser” (JONAS, 2006, p. 94). Assim, na trama da ordem humana e de suas relações instaladores do contexto dos Direitos Humanos, ou seja, nas ações do todo coletivo, a teoria e a prática do princípio responsabilidade é um convite para a lição da humanidade, que assumem a “característica de universalidade na medida real de sua eficácia” (idem, 2006, p. 49). Afinal qual é a resposta do imperativo da responsabilidade?

— Ora, que exista uma humanidade na dimensão inacabada da responsabilidade humana e que esta concordância não custe a dignidade e a vocação do homem, mas que sobrevenha alicerçada na responsabilidade fraterna do cuidado, representativa de certo grau de essencialidade onde todos conheçam e se reconheçam presentes os atributos de um grau mínimo de humanidade.

Para tanto, o homem há de estar vigilante, não só em relação ao direito dos homens futuros, mas em relação ao dever desses homens futuros, qual seja o dever de ser uma humanidade verdadeira. A tecnologia utópica pode subtrair a capacidade de cumprir esse dever e até a capacidade de subtrair esse dever. Zelar por isso é o dever básico protetivo do futuro da humanidade, da sua tarefa preventiva e precavida de atuação em prol de um pacto transgeracional. Esses deveres substantivos estão subordinados aos fundamentos da fraternidade, da simpatia, da equidade e da comiseração.

## **4 OS DIREITOS HUMANOS NA DIMENSÃO DO DIREITO FRATERNAL E SUAS PERSPECTIVAS (RE)AFIRMADORAS (ou CONCRETIZADORAS)**

“Depois aconteceu o que aconteceu: aconteceu que, na entrada dos campos de escravidão e de extermínio, foram escritas, com diabólica contrafação, as seguintes palavras: *O trabalho liberta*. Neste século XX não conheço utopias, idealizações fantásticas da sociedade futura, que não descrevam universos de obscuro domínio e de desolado conformismo. A única esperança é que, também dessa vez, os incautos profetas estejam errados”.

(BOBBIO, 1996, p. 95)

### **4.1 A Tarefa do Direito Fraternal: a defesa da regra do jogo – o custo mínimo e o ganho máximo.**

O ponto de partida para esta etapa deste estudo, que é igualmente o ponto de chegada, eis que se trata do último objetivo da pesquisa, que há de se complementar com os dois anteriores e, assim dar conta da finalidade maior do trabalho, qual seja, examinar a afirmação dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal. Verdadeiramente o Direito Fraternal, no contexto do fundamento histórico do que “aconteceu” com os DDHH, e tomado na dimensão do presente trabalho, tem a missão de desvelar tais direitos e da mesma forma revelar o contexto de sua época – passada, presente e, cujo acabamento, a mercê de seu futuro, requer um mínimo compromissório com a fraternidade. É tanto uma época final, ou uma época de inícios, conforme sugere a introdução deste.

A época contemporânea cujo “acabamento” se vê desdobrar a partir da modernidade é uma época que chegou ao seu final ou é uma época conclusiva de fechamentos operacionais da história humana no contexto dos DDHH. Deparar com a resposta desse questionamento é encontrar o projeto contemporâneo do mundo, do lugar da decisão dos acontecimentos históricos e saber se os Direitos Humanos estão a serviço da vida e de sua proteção. Por isto convém “olhar diretamente para essa decisão histórica” conforme dá conta

a concepção heideggeriana a respeito de Nietzsche, uma época na qual se alça em algum momento e de algum modo a decisão histórica acerca de se essa época final é a conclusão da história ocidental ou se ela é a contrapartida para um outro início (HEIDEGGER, 2007, p. 374), e, então, lança-se uma sentença oracular, a (re)afirmação dos Direitos Humanos.

Á título de ilustrar o contexto da atualidade dos DDHH e da necessária reafirmação de tais direitos, sobretudo, tendo em conta a situação pela qual tem atravessado a humanidade, em 1970, no Dia das Nações, U Thant, então Secretário Geral da ONU, apontou uma síntese do contexto mundial, que explica e justifica a história atual:

É imperdoável que tantos problemas do passado estejam ainda presentes entre nós, absorvendo imensas energias e recursos necessários de modo desesperador para propósitos mais nobres: competição armamentista horrenda e fútil em vez de desenvolvimento do mundo; remanescentes do colonialismo, racismo e violação de direitos humanos, em vez de liberdade e fraternidade; sonhos de poder e demolição, em vez de coexistência fraterna; exclusão de grandes comunidades humanas da cooperação mundial, em vez de universalidade; extensão de domínios ideológicos, em vez de enriquecimento mútuo na arte de governar o homem a fim de que o mundo se torne maduro para a diversidade; conflitos locais em vez de cooperação de vizinhança. Enquanto estes conceitos e atitudes antiquadas persistem, o rápido movimento de mudança em torno de nós faz eclodir novos problemas que reclamam a atenção e o cuidado coletivo do mundo: a discrepância entre nações ricas e pobres; o descompasso científico e tecnológico; a explosão populacional; a deteriorização do meio ambiente; a proliferação urbana; o problema urbano; o problema da droga; a alienação da juventude; o consumo excessivo de recursos por sociedades e instituições insaciáveis. (U THANT, apud WEIL, 1997 p. 18).

Assim, neste terceiro aspecto – que é o propósito maior do presente trabalho e que se faz presente neste capítulo, após a apresentação dos fundamentos - o tema da pesquisa requer um novo olhar, traduzido pelo desdobramento do estado da questão, quer na dimensão dos DDHH, quer na concepção do Direito Fraternal.

Para dar contexto e um tal critério de medida ao fundamento histórico do que aconteceu, e que representa a questão diretriz da contemporaneidade e da mesma forma Antes de tudo, façamos uma citação pela proximidade que esta revela com o Direito Fraternal, ainda que “atual desafio da história”:

“se você quiser mudar o mundo, não deve se isolar, não deve ficar só, mas deve buscar incansavelmente os outros para com eles criar sempre novos modos de comunicação, de controle, de intervenção. Opor ao método da violência que ensanguentou o mundo, o método da não-violência, porque este método não banha as estradas e as casas com sangue, mas une grupos e multidões de pessoas nas suas companhas renovadores” (CAPITINI, apud BOBBIO, 2009, p. 266).



Pode ser um desafio, uma promessa não mantida, um *koan*<sup>154</sup>, um chamamento, uma tarefa, ou uma missão. Não importa, mas convém que alguém teça o marco jurídico-político, tal qual a lição da fraternidade, do outro somado ao outro e de todos os outros e, assim, conforme está dito por Resta, “[...] neste mundo escondido de símbolos da violência que a fraternidade, face transmutada da amizade política, retorna para a história das instituições modernas” (2004, p. 35).

Se se tiver de apontar um mínimo de tradução histórica para o assentamento dos “Códigos Fraternos” na expressão de Eligio Resta, esta se apresenta na espontaneidade da comunidade, na cidade que se esqueceu da virtude coletiva e interiorizou a inimizade e, depois de séculos em que paulatinamente fora destruída a despolitização da amizade, desperta um outro sentido na forma da fraternidade em relação ao próximo, tornando-se mais complexa, mais introjetada na comunidade política (2004, p. 34).

Há aqui espaço para citar como exemplo os outros princípios norteadores da revolução francesa - a liberdade e a igualdade - os quais somados à fraternidade, compõem a trilogia, qual seja, a unidade inseparável da revolução. A verdadeira história de tal trilogia é que, conforme alerta Weil, a liberdade parece estar mais próxima do mundo capitalista, o qual sacrificou a igualdade de oportunidades, enquanto que, a igualdade aproximou-se do mundo socialista. Por isto é perigoso o estabelecimento de uma fronteira bem delimitada entre os dois<sup>155</sup>. Verdadeiramente a fraternidade foi esquecida por ambos, que se limitaram mais ao processo da ciência e da tecnologia. Por mais que a fraternidade tenha ocupado espaço na antiguidade, ainda que inserida no contexto da espiritualidade, na atualidade quem segue falando dela é tratado como idealista (1997, p. 17).

De igual sorte, tem sido reservado à fraternidade outro lugar - não o de pertencente a matriz principiológica da tríade, mas o de ausentar-se do credo do processo histórico da divisa da revolução fraterna, razão porque construtora de uma identidade tal, do que resulta a constatação que a fraternidade vem sendo utilizada porquanto sinônima da solidariedade. Não há de se negar que uma e outra pertençam ao projeto de dimensão dos DDHH. Entretanto, ainda que correlatas, ocuparam épocas e lugares distintos, sentidos outros, o que justifica a conotação particular que detém cada uma a seu modo, de tal forma que, pode-

---

<sup>154</sup> Para os tibetanos, um desafio que cabe qualquer resposta.

<sup>155</sup> Milton Rockeach (1973, p. 328) anuncia que, em longo prazo, pode-se observar a mudança de valores nos seres humanos de tal forma que há um aumento – mais do que diminuição – na importância de quatro valores: igualdade, liberdade, um mundo de beleza e de autocontrole. (Tradução espontânea).

se dizer, de suas especificidades e do assentamento e lugar que ocupam no projeto histórico, decorrem duas situações: o estabelecimento de suas características *sui generis*; e, paulatinamente, o fato de que a doutrina tem reconhecido ambos os princípios, eis que fundamentais para os dois direitos dos quais detém sentidos próprios. Por isto mesmo, tem reservado espaço tanto o Direito Fraternal, quanto o Direito de Solidariedade, que seguem detentores de aspectos próprios que lhes são inerentes.

Assim, antes de seguir, convém fazer uma breve distinção a despeito de referidos direitos. O Direito de Solidariedade tem como base o princípio da solidariedade, enquanto que o Direito Fraternal, tem sua base assentada primordialmente no princípio da fraternidade. No espaço e no tempo, o Direito Fraternal pertence à metáfora da fraternidade, que no dizer de Willian Sewell (apud Muniz-Dardé, 2003, p.669), a fraternidade serviu perfeitamente de traço de união entre a linguagem dos corpos de ofício e as revoluções, portanto portadora de valores revolucionários, ao mesmo tempo que fazia parte das corporações do *Ancien Régime*. Ela trouxe uma respeitabilidade ao sentido dos corpos de ofício, dando conteúdo ao termo revolucionário da fraternidade. Se há uma data em que a fraternidade desponta este coincide com os ideais iluministas representados pela Revolução Francesa (1789) e, assim, fez sua entrada na modernidade, paulatinamente, depois de séculos sendo “destruída a despolitização cristã da amizade” (RESTA, 2004, p. 34) com o sentido de estabelecer um liame social cuja base e fundamento encontra guarida na fraternidade em relação ao próximo.

O Direito da solidariedade, segundo atesta Castro Farias tem como conjuntura epistemológica nascida na Europa no fim do século XIX e início do Século XX. É uma referência para a compreensão do funcionamento das práticas jurídicas positivas e do direito contemporâneo. Referido direito representa um dos aspectos da contemporaneidade jurídica ocidental, estando em descontinuidade em relação ao direito moderno e ao direito clássico, não cabendo ser reduzido ao clássico, nem ao moderno, eis que expressa uma positividade *sui generis* a fim de garantir a governabilidade contemporânea. Portanto, o Direito da solidariedade não é construído tão somente pelas disciplinas jurídicas do trabalho, da previdência social, dos direitos sociais e da seguridade social. Na verdade ele expressa um tipo de racionalidade (1998, p. 5), uma teoria, a qual pretende atender um laço sustentado pelo indivíduo e sua comunidade, nos moldes conferidos pela atualidade, e neste sentido, na dinâmica das disciplinas jurídicas, busca assentar-se segundo um construto de “direitos sociais”, de partilha entre tais direitos na fórmula, sobretudo, dos direitos.

Com isto, o Direito da solidariedade, lançou-se no século XX, com um compromisso – a idéia de solidariedade, que fora lançada por filósofos, sociólogos e juristas, no mais das vezes, sob a tarefa de Estado, no compromisso de estabelecer uma resolução caracterizada, via de regra pelo “serviço público de solidariedade social”. Segundo Castro Farias (1998, p. 185), referida resolução representava uma política nova, um universo político e social distinto do Estado liberal, onde cá, na atualidade, a estatização e a autonomização do social apresentam-se enquanto vetores da lógica do Estado de solidariedade, qual seja, formado a partir das relações assentadas na teia da solidariedade social a fim de romper com o público e o privado, o Estado e a sociedade civil, o Estado e o mercado, o político e o econômico, segundo uma nova fórmula de Estado, o “Estado protetor”.

Desta maneira, ambos os direitos guardam características próprias, situadas no tempo e no espaço, com fundamentos e conceitos que lhes são particulares. Portanto, descabe uma provável comparação no sentido de aproximá-las, eis que, pelo contrário são diversas. Razão pela qual, a menos que devidamente justificado, não procede a sinonímia de comparar e adotá-las no mesmo posto, e aparentemente com o mesmo sentido, qual seja, descabe a adoção de ambos, como sendo os princípios ou direitos justificadores de uma das matrizes geracionais, como ocorre na classificação histórica dos direitos fundamentais na quadra de gerações de direitos<sup>156</sup> – referidos no primeiro capítulo deste trabalho.

Quanto a adoção da expressão fraternidade, se valor ou princípio, é útil registrar, no contexto do presente, que, a pesquisa não defende uma linha “fechada” de fraternidade – valor ou princípio, na lógica “tudo ou nada”. Em termos práticos, qual a diferença de se tratar princípios como normas ou como valores se, na dimensão dos DDHH, concorda-se com o fundamento – marco teórico, no caso a fraternidade, por servir de paradigma ao Direito Fraternal. O que está em jogo é o reconhecimento de um princípio que se busca pertencer à prática integrativa do Direito Fraternal, instalado no contexto de prática do projeto constituinte

---

<sup>156</sup> Neste sentido ver subcapítulo 2.2. De qualquer forma convém aqui um registro. Cattoni de Oliveira (2008, p. 110), anota: Paulo Bonavides, seguindo Karel Vasak, vale-se da famosa divisa da Revolução Francesa para também utilizar as expressões “direitos de liberdade (primeira geração), “direitos da igualdade” (segunda geração) e direitos de **“fraternidade ou de solidariedade”** (terceira geração). E a essas três “gerações, sucessivas e cumulativas, acrescenta uma quarta, como o cume de um processo histórico de universalização concreta dos direitos fundamentais, e que assumiria as gerações anteriores como “dimensões” suas[...]. (destacamos). Aqui persiste a indagação, se tais direitos socorrem da divisa da Revolução, qual seja, “*liberte e igitalité, e fraternité*”, qual a justificativa para a adoção da fraternidade ou solidariedade? O “ou” dá idéia de separação, de exclusão ou diversamente, dá para justificar ambos os direitos?

de um Estado Democrático de Direito<sup>157</sup>, de uma sociedade de cidadãos fraternos, livres e iguais, e não um critério, um algo “tal” de eficiência que dê conta da técnica jurídica simplesmente. Assim, pois, o exercício dos direitos e a sua garantia não podem ser submetidos a um cálculo de valor de um princípio ou de um valor dele mesmo.

No dizer de Eligio Resta,

Trata-se, enfim, de um modelo de direito que abandona o confinamento da cidadania e olha para a forma nova de cosmopolitismo que não são os mercados, mas a obrigatoriedade universalista de respeitar os direitos vai impondo ao egoísmo dos ‘lobos artificiais’, ou dos poderes informais que, à sua sombra, governam e decidem. Fala-se, então, de uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de esperas cognitivas e não de arrogâncias normativas. (2004, p. 135-136)

O sentido do Direito Fraternal na tônica da contemporaneidade, não consente portanto, com a “violência legítima” por meio de justificação racional fundada na coerção, na visão amigo-inimigo, pelo “caráter paranoico da oposição”, e que vem sempre alimentado pela sagacidade com que o Direito tem sido articulado. Por isto, conforme denuncia Resta (2004, p. 22), ao juiz, ou à jurisdição, é preciso um caráter mínimo, insistindo na efetividade da fraternidade, a qual muito bem pode decorrer da “mediação” e não sempre da “de-cisão”, que impõe e pretende a separação, exclusão, e cisão na velha fórmula dos contendores.

Na tônica dos Direitos Humanos, nos termos em que questionado por Resta (2004), se tais direitos existem para a humanidade, não se deve esquecer que somente a humanidade pode praticar a violação desses direitos. Está aqui, exatamente no não compromisso de seguir, vigiar e proteger, justamente pela não fraternidade, que são construídas as redes que se estabelecem na fórmula do velho conflito: “autor contra o réu”.

Ainda, quanto ao espectro dos Direitos Humanos, a questão em análise, doravante, será proposta através de quatro linhas sustentadoras, indicadas pela teoria de Peces-Barba (2004, p. 103): a positivação, a generalização, a internacionalização e a especificação<sup>158</sup> e, forte no embasamento teórico de Bobbio, propõe-se renovar o olhar – trazendo a questão para

---

<sup>157</sup> Cumpre registrar que o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes afirmou quanto ao princípio da fraternidade, conforme notícia veiculada em sua página, em 18 nov.2008, em breve resumo: liberdade e igualdade são valores indissociáveis no Estado democrático de direito e, reportando-se ao jurista alemão Peter Häberle, ressaltou a pouca atenção que se tem dado ao terceiro valor fundamental da Revolução Francesa, que é o da fraternidade. (BRASIL, 2010)

<sup>158</sup> Os quais estarão sendo examinados no último subcapítulo: 4.4 O Processo de Especificação dos Direitos Humanos: Vigiar, Proteger e Promover os Direitos Humanos: há lugar para a concretização/afirmação do Direito Fraternal(?)

a cena atual - quanto as três correntes do pensamento político moderno em torno dos DDHH – que já foram indicadas no primeiro capítulo – ali através do legado de Bobbio (2004, p. 226 e 2007, p. 201) e aqui, complementadas com o legado de Peces-Barba (2004), dentre outros, e especialmente, quanto ao exame do Direito Fraternal e no seu princípio fundante, a fraternidade, tem-se Eligio Resta (2004) e seus intérpretes, especialmente, Sandra Vial<sup>159</sup>, quem coordenou a tradução do Direito Fraternal aqui no Brasil.

Há justificativa para tanto e elas decorrem de dois aspectos. Uma, porque os Direitos Humanos e os direitos fundamentais detêm uma identidade e igualdade de concepções e fundamentos, razão porque, embora distintos, historicamente são também complementares. Embora, a pesquisa tenha analisado a distinção e a aproximação linguística de um e de outro – isto aconteceu no primeiro capítulo e especificamente no segundo capítulo<sup>160</sup> - convém frisar que ao longo do estudo a opção –de um e de outro, foi afirmativa no sentido de que referida compreensão passou ao largo desta harmonia, o que aponta, conclusivamente, como resultado da pesquisa, que ambas as expressões, ainda que distintas, gozam de complementaridade, e são tratadas distintamente pelos autores eleitos<sup>161</sup> como marco teórico.

Ilustra-se: Peces-Barba, na Espanha, refere a expressão “direitos fundamentais”; Bobbio (2004), na Itália, “Direitos Humanos”; Ingo Sarlet, no Brasil, “Direitos Fundamentais”; Piovesan, também no Brasil, refere “Direitos Humanos”; Peter Haberle, na Alemanha, remete a “direitos fundamentais em conformidade com os direitos humanos” (1994, p. 88). O presente estudo, conforme já registrado no primeiro capítulo<sup>162</sup>, ponderou que apesar das várias considerações, diversas ou aproximativas, ou mesmo distintas, esta pesquisa trata os temas “Direitos Humanos e direitos fundamentais”, ainda que guardem similaridades e proximidade, sustentando a opção pelos Direitos Humanos<sup>163</sup>, embora há os que insistem em tratar os direitos fundamentais enquanto detentores de singularidade.

---

<sup>159</sup> Sandra Regina Martini Vial é uma das notáveis intérpretes, analista, examinadora, estudiosa e pesquisadora em torno da temática do Direito Fraternal. Além de vários artigos e trabalhos de pesquisa, dois deles citados neste (ver referências), a mesma coordenou a tradução da obra “O Direito Fraternal” (*Il Diritto Fraternal*), de autoria de Eligio Resta, 2004 (ver referências).

<sup>160</sup> Ver subcapítulo 3.2.2 deste trabalho.

<sup>161</sup> Todos os autores referidos na sequência foram citados e constam da referência.

<sup>162</sup> Neste sentido, especificamente o subcapítulo 2.2 Os Direitos Humanos: concepção e fundamentos de sua gênese.

<sup>163</sup> Além do subcapítulo 2.2, já referido, ver subcapítulo 3.2.2 deste trabalho, onde se recorre a diversos autores, especialmente os autores em comento para analisar a temática da aproximação e da distinção quanto aos Direitos Humanos e os direitos fundamentais.

Convém um esclarecimento. Esta pesquisa opta pela expressão “Direitos Humanos” por entender que esta advém da expressão contida na DUDH, documento este representativo da lição maior e primeira, “consciência da Humanidade”; dos “Direitos Humanos protegidos pelo Estado de Direito”; “[...] 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”; em que as “[...] Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais”; e onde os “[...] Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais”; e, sobretudo, “[...] como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade” vão ter “sempre em mente esta Declaração” (BRASIL, 2009j, preâmbulo e proclamação) e neste sentido cumprem a tarefa de mais pertinência e adequação. Estas são, sem sombra de dúvidas, as razões maiores da opção.

A doutrina, entretanto, parte de construções e entendimentos justificadores e/ou peculiares, ainda que colocados sobre o mesmo contexto teórico e prático dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos na contemporaneidade. No geral há aqueles que aceitam, os que refutam a adoção de similaridade e ainda há quem compreenda que há ambivalência nas expressões, que guardam matizes facilitadores da interpretação dos direitos fundamentais internos com o Estado de Direito dos Direitos Humanos. A explicação para tanto, decorre de concepções e entendimentos próximos ou diversos. A título de ilustração, cita e/ou comenta trechos da doutrina ora referida, conforme a seguir registra.

Peces-Barba refere,

“Direitos Humanos” não é a expressão adequada e aqui o consentimento universal de sua utilização generalizada, não é razão para aceita-la como base de um processo de reflexão que leve a compreensão do que se quer identificar. [...] Em todo caso temos que coexistir com uma utilização tão difundida, tentando explicar os limites do uso deste tipo de linguagem. (PECES-BARBA, 2004, p. 21).

Na mesma linha, defende Ingo Sarlet:

Neste sentido, assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, inobstante tenha ocorrido uma confusão entre os dois termos. Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações Estado). [...] a explicação corriqueira [...] é 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 “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 supranacional (internacional).

Peter Haberle anota que os direitos fundamentais são conseguidos através de uma exposição conforme a constituição na relação Lei/Constituição, e agora também se exige a relação entre as garantias dos direitos fundamentais internos de um Estado e os textos dos Direitos Humanos (tanto universais como também regionais). Assim, o Estado constitucional perde sua tradicional introversão e passa a se orientar fora na dimensão de “um Estado Constitucional cooperativo”, qual seja, interioriza-se os DDHH universais, que advêm fora do espaço constitucional interno, seja de forma aparente quanto real. (1994, p. 88).

Por último, não menos significativa, tem-se a concepção de Flávia Piovesan, para quem, desde o pós-guerra, os Direitos Humanos constituem tema de interesse e em avanço da comunidade internacional, não mais sob o prisma moral e político, mas sob o aspecto jurídico, de onde acode a proteção e a defesa dos DDHH no plano internacional, mediante uma arquitetura protetiva internacional, para os quais concorrem instituições, procedimentos e mecanismos voltados a proteção mínima afeta a dignidade humana (2007, p. 309)

É útil recordar o que já fora exposto no capítulo primeiro quanto ao legado de Bobbio e de Peces-Barba para que, guiados por tal fundamento, sejam feitas as devidas complementações, na medida em que os direitos fundamentais são verdadeiramente a qualidade e condição de exercício dos DDHH de onde decorre a sua afirmação, traduzida por sua efetividade.

A primeira parte do trabalho perseguiu a evolução histórica dos DDHH, desde o primado até a atualidade. Para tanto, atendeu-se o legado de Bobbio, no sentido de que os DDHH se assentam a partir de de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico<sup>164</sup> (2004, p. 22). A última dimensão, requer uma segunda reflexão, razão porque este segundo olhar estará sendo oportunizada no subcapítulo 4.2 deste estudo, a teor do representativo significado na rede de promoção e de proteção dos DDHH, e portanto, lição máxima da necessidade de (re)afirmação dos Direitos Humanos na contemporaneidade, de tal forma que tais direitos

---

<sup>164</sup> Este último aspecto será examinado no subcapítulo 4.3 deste estudo.

sejam atendidos de forma natural e harmonica, sem carência e sem exagero. E, quando se der a ocorrência de situações violadoras dos Direitos Humanos.

Na dimensão teórica, atendem-se as três teses de Bobbio, já referidas, no sentido de que, no pano de fundo da proteção dos DDHH estão assentados os Direitos do Homem, a democracia e a paz (BOBBIO, 2007, 198-199). Na dimensão prática, os direitos humanos são apresentados em face dos principais indicadores do progresso histórico (neste caso será preciso analisar a violação em sede dos DDHH<sup>165</sup>), na sua ânsia de construir uma rede protetiva e, então, na análise deste trabalho, representativo da construção de um modelo forjador de fraternidade, de promoção de vínculos, que se nutre do zelo e não somente da mera tolerância que se constrói nas relações estabelecidas na sociedade.

O objetivo delineado requer, a partir da constatação da realidade apresentada na cena contemporânea com relação aos direitos fundamentais da pessoa humana, que a certificação de tais direitos é sempre da existência humana – o ser do homem, o homem enquanto ser e estar no mundo, ou conforme consta na DUDH, tanto os direitos do homem – conforme traduzido em determinados países<sup>166</sup> (neste sentido tem-se o primeiro capítulo desta pesquisa), como, também os direitos humanos.

Na dimensão da prática integrativa, toma-se o sentido de que os valores da “liberdade e da igualdade” e da “fraternidade” introduzidos pela Declaração Universal (1948) (BRASIL, 2009j), submetidos ao caso concreto são portadores de humanidade, de revelar os direitos do homem em sua fundamentalidade, qual seja, a tarefa de submeter “as decisões de fato dos tribunais constitucionais dão o sinal e a sustentação necessária aos valores da DUDH, que ostentam uma dimensão real, diante das peculiaridades históricas e culturais das diversas

---

<sup>165</sup> Neste trabalho a expressão “violação em sede dos DDHH” está associada às grandes atrocidades, aos inimigos indefinidos e imateriais, as situações de indeterminações (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 163-172), e igualmente, as “tradicionais” violações dos DDHH, que foram citadas no primeiro capítulo, tais como, quando há omissões ou falhas por parte das instituições nacionais na conduta e realização da tarefa da justiça, a tortura, o desaparecimento forçado, a violência sexual – estupro, a prostituição, a gravidez infantil, esterilização forçada, crimes de agressão e de guerra, e certamente a violação mais grave perpetrada pelo homem, o genocídio.

<sup>166</sup> Apresento aqui uma síntese do resultado da pesquisa, nos termos que consta do primeiro capítulo deste trabalho, a respeito da expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem” conforme recepcionado na DUDH, conforme foi discutida e votada pela Comissão de Direitos Humanos, após submetida à Assembléia Geral da ONU que a proclamou em 10 de dezembro de 1948. A Declaração é denominada “Declaração Universal dos Direitos do Homem” ou “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (BRASIL, 2009j). Na tradução oficial da língua portuguesa, constam as duas denominações: Direitos Humanos (no título de rosto) e Direitos do Homem (nas menções subsequentes). Com isto, é previsível, que nas traduções oficiais, costumam apresentar as duas formas. (HERKENHOFF, 1998, p. 34-35). São exemplos, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (espanhol); *Universal Declaration of Human Rights* (inglês); *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (francês); *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* (em italiano). (HERKENHOFF, 1998, p. 35).



sociedades”, são o sinal de que “onde os direitos e garantias fundamentais não são efetivamente protegidos, não há que se falar em Estado de Direito e tampouco em democracia” (BRASIL, 2009)<sup>167</sup>.

Muito próxima e equivalente a de Peces-Barba (2004, p. 103-134)<sup>168</sup>, a concepção de Bobbio, proclama que em tais direitos estão assentadas as três correntes do pensamento político moderno. Cada vez mais, as três correntes do pensamento político moderno se juntam – o liberalismo<sup>169</sup>, o socialismo<sup>170</sup> e o cristianismo social<sup>171</sup>, apesar de mantidas as suas particularidades, estão a originar um sistema complexo de direitos fundamentais, de tal forma que referidas correntes se juntam, sem se unirem; conjugam-se, sem se encontrarem, convergem, mas conservam cada uma a sua respectiva identidade. Ao dar preferência e expressão a determinados direitos – acima dos outros, dão origem a um sistema crescentemente complexo de direitos fundamentais, de difícil integração sob o viés da prática e do desdobramento doutrinário e que representam uma meta a ser conquistada na unidade do gênero humano. (2009, p. 201 e 2004, p. 226).

Então, se há ciência das regras do jogo, há razões para sejam realizadas apostas(?) – custo mínimo - na conquista de um sistema complexo de direitos fundamentais, que resguardam a condição do exercício efetivo dos Direitos Humanos de onde terá lugar, de uma vez por todas a sua afirmação (ganho máximo). O tempo de Goethe (apud BOBBIO, 2009, p. 42): “Vejo se aproximar um tempo em que Deus não se alegrará mais com a humanidade e deverá de novo embaralhar tudo para posterior criação”, este tempo ainda urge, tomara não há de chegar. Antes havemos de cuidar de nossos direitos, de responder para com nossas

---

<sup>167</sup> Conforme afirmação do Ministro do STF, Gilmar Mendes ao fazer a palestra de abertura do fórum jurídico “Igualdade e Liberdade no Direito”, na Faculdade de Direito da Wilhelms-Universität (Universidade Guilherme), naquela cidade em novembro/2008. O ministro falou sobre o tema “a jurisdição constitucional brasileira e sua importância para a liberdade e a igualdade” e, em seguida, debateu o assunto com participantes do curso de Direito em Língua Estrangeira – Direito Brasileiro. (BRASIL, 2009).

<sup>168</sup> Peces-Barba apresenta os direitos fundamentais na linha de processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação (2004, p. 103-134) – estes aspectos serão analisados no subcapítulo 4.4 deste estudo.

<sup>169</sup> A expressão remete aos direitos da liberdade, no caso, a liberdade dos modernos em oposição a dos antigos, e as perspectivas futuras. Bobbio faz referência a expressão conforme consta de sua obra. (2007, p. 245).

<sup>170</sup> A expressão remete aos direitos sociais, nascentes pela primeira vez na Constituição Francesa de 1791 e que foram solenemente referidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (reformulada em 1793) e, finalmente entraram para a história com a Constituição de Weimar. (BOBBIO, 2007, p. 201) e, assim paulatinamente para as constituições modernas.

<sup>171</sup> Bobbio recorre a expressão em comentário, no contexto de que os a afirmação dos direitos fundamentais sempre foi uma constante, e nos últimos dois séculos verificaram-se dificuldades, reservas e às vezes reações por parte do catolicismo. Através da encíclica *Centesimus annus* (BRASIL, 2010a) a Igreja reconheceu a importância dos DDHH (BOBBIO, 2007, p. 202).

responsabilidades de cuidar de nós, do outro e do mundo, “ligadas as estratégias para o futuro da cooperação” (BUONUOMO, 2005, p. 36), e expressa positivamente no artigo I da DUDH, como obrigação de “agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Então façamos nossas apostas?

Para tanto, propõe-se analisar alguns aspectos da violação em sede dos DDHH<sup>172</sup>, as relações amigos *versus* inimigos<sup>173</sup>, e, a constituição sem inimigo, para, na análise deste trabalho, “revelar” os Direitos Humanos representativo da construção de um modelo forjador de fraternidade, de promoção de vínculos, que se nutre do zelo e não somente na mera tolerância que se constrói nas relações de humanidade, estabelecidas na sociedade, qual seja, “no início deste Século XXI, o conceito de liberdade e igualdade deve ser reavaliado, reposicionando-se ao da fraternidade”, e, “[...] com isso dizer que a fraternidade pode colocar em nossas mãos a chave com que poderemos abrir diversas portas no sentido da solução das mais importantes questões da liberdade e da igualdade com que se debate, hoje, a humanidade” (BRASIL, 2009j)<sup>174</sup>.

O objetivo delineado requer, a partir da constatação da realidade apresentada na cena contemporânea com relação aos direitos fundamentais da pessoa humana, que a certificação de tais direitos é sempre da existência humana – o ser do homem, o homem enquanto ser e estar no mundo, ou conforme consta na DUDH (BRASIL, 2009j), tanto os direitos do homem – conforme traduzido em determinados países (neste sentido tem-se o primeiro capítulo desta pesquisa), como, também a parte que vem a seguir, reservada aos direitos humanos.

É preciso, todavia, naquilo que somente o discurso entre a teoria e a prática constitucionais compõem, desde a perspectiva teórica e o legado da hermenêutica, ainda que, de um modo ou de outro, há de ser sustentada a tese da fraternidade que guarda o papel de promoção de vínculo comum – representado pelo compromisso com o outro, que nenhuma outra concepção deu mostras de força ou de enfrentamento, a não ser ela mesma. Mas se está convencido de que diversamente do que se dá com a liberdade e a igualdade, a fraternidade

---

<sup>172</sup> Neste trabalho a expressão “violação em sede de DDHH” está associada às grandes atrocidades, aos inimigos indefinidos e imateriais, as situações de indeterminações (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 163-172), e igualmente, as “tradicionais” violações de DDHH, já citadas no primeiro capítulo, tais como, quando há omissões ou falhas por parte das instituições nacionais na conduta e realização da tarefa da justiça, a tortura, o desaparecimento forçado, a violência sexual – estupro, a prostituição, a gravidez infantil, esterilização forçada, crimes de agressão e de guerra, e certamente a violação mais grave perpetrada pelo homem, o genocídio.

<sup>173</sup> Ver subcapítulo 4.1.1 deste trabalho.

<sup>174</sup> Ministro do STF, Gilmar Mendes (idem, ibidem) (BRASIL, 2009).

tem merecido pouca atenção, mas “é chegada a hora” de alertar e convencer, anunciar e denunciar qual é a regra do jogo(?) Caso contrário, “rompo o contrário, desligo-me de ti, quero viver como um homem qualquer”. (SARAMAGO, 1991, p.371).

Ledo engano(?). O direito ainda pode socorrer o homem, na sua tarefa de “governo das leis” de que anuncia Arendt (1993)<sup>175</sup> e igualmente Bobbio (2009). Há portanto, um sinal positivo, o sinal dos Direitos Humanos. Na lição de Bobbio: “a crescente importância dada – nos debates internacionais, entre homens de cultura e político, em congressos de estudo e conferências de governos – ao problema do reconhecimento dos direitos do homem” (2009, p. 139), o atual debate, cada vez mais amplo e intenso em torno de tais direitos, que já envolveu todos os povos da Terra e os colocou na ordem do dia, *signum prognosticum*<sup>176</sup> do progresso moral da humanidade (2009, p.144). Este reconhecimento de que nos acode o respeito pela identidade e pela ação e prática dos que lutam pela realização de seus direitos.

A questão não vem de hoje. Empreendeu uma longa e exaustiva jornada, e isto vem se repetindo desde o início da era moderna – pela difusão das doutrinas jusnaturalistas, depois com as declarações de direitos do homem que tomaram assento nas constituições dos estados liberais e tem sido a tônica no Estado de Direito. Com o fim da segunda guerra mundial a afirmação de tais direitos passou a ser a história de todas as gentes. Peces-Barba chama isto de processo de positivação, generalização e internacionalização especificação (2004, p.105-119).

A metáfora fraternal de que nos socorre Munoz-Dardé (2003, p. 669), que na sua origem encontra espaço na linguagem religiosa e por ofício do antigo Regime, o que lhe confere uma ligação com a Revolução Francesa, ainda que oficialmente o lema somente fora adotado no ano de 1848, por isto mesmo, portadora dos valores dos modernos, ainda que politicamente assente-se tanto nos “antigos” quanto nos “modernos”, nas instituições mais tradicionais, e na filosofipolítica. Ela se assenta na dimensão horizontal, diferentemente da ordem vertical esquerda/direita, que fora tradicional até o advento da Revolução Iluminista.

A fraternidade cujo fundamento teórico é o Direito Fraternal, e este a seu modo tem como fundamento metodológico a retomada ao princípio da Fraternidade<sup>177</sup> aludido na

---

<sup>175</sup> [...] a República era, com efeito, o governo da lei, e não dos homens. (1993, p. 169)

<sup>176</sup> Sinal premonitório.

<sup>177</sup> Sobre referido princípio, a mercê de sua dinâmica histórica, Munoz-Dardé (2006, p. 668) anota que “Os

Revolução Iluminista – princípio que fora deixado de lado desde seu enunciado pela DUDH (VIAL, 2005, p. 1480)<sup>178</sup>, “a idéia kantiana da história profética”, como “um sinal dos tempos, a importância que o tema dos direitos humanos adquiriu no pensamento atual” (BOBBIO, 2009, p. 197).

Ora a idéia de fraternidade tem sido associada, quando comparada com a liberdade e a igualdade, a um conceito menos político (o que não é adequado), e seus historiadores alertam para o perigo de associá-la a uma ilusão, e igualmente dos perigos de uma fraternidade identitária ou fusional, que representa a negação dos direitos individuais, ao invés de uma fraternidade republicana, reivindicadora de direitos e que requer sua ampliação em face de todos. Da mesma forma, para que a fraternidade possa desempenhar o papel que lhe cabe na teoria política e democrática é preciso operacionalizar a passagem da imprecisão de seu valor conceitual, inapreensível, para a formulação conceitual principiológica, da “imagem de irmãos”, que pode sugerir a exclusão da “irmã”, para a fraternidade, conceito vivo, de coesão social, tendência e união diante do perigo, humanismo universal ou fervor nacional, como último recurso para calar a reflexão (MUNOZ-DARDÉ, 2003, p. 668).

Frente tais considerações é incontestável a qualidade que faz da fraternidade um princípio moral e jurídico de justiça social. Entretanto, tais qualidades não bastam para dar a ela a sustentação do discurso da mera garantia (que não seduz), se ausente a sua distribuição na norma constitucional. Nem por isto sua influência é menor. Ora, é preciso que se opere a passagem para a formulação de preenchimento da condição de um singelo princípio, para ser portadora de um novo perfil carregado de força normativa e, portanto, apto a dar conta da tarefa de sustentar o Direito Fraternal.

É importante que se esclareça os motivos da não adequação do conceito da fraternidade na qualidade de termo de menor valor político, conforme se anotou no parágrafo anterior. Há motivos para tanto. Se a DUDH representa a “máxima consciência a que o homem chegou até agora, no âmbito jurídico-político, em relação a substancial unidade do gênero humano” (BOBBIO, 2009, p. 97), como então pode-se desprezar um de seus princípios? De outro lado, a título simplesmente de questionar os contestadores, é notório que

---

historiadores que se dedicaram ao estudo da fraternidade na Revolução Francesa e no pensamento político imediatamente posterior (...) mostram tensões similares na interpretação da palavra, desde os primórdios da fraternidade revolucionária.

<sup>178</sup> Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (DUDH) (BRASIL, 2009j)

o avanço desmedido da liberdade, diminui sensivelmente o princípio da igualdade. Sobre isto aliás, Bobbio registra que “Estão em conflito, certamente, a liberdade negativa e a igualdade substancial”, mas não a liberdade política e a igualdade política. (2009, p. 98). Tem-se, pois, uma dúvida-afirmativa: a fraternidade não será o elo a dar sustentação a tais princípios, se ambos, via de regra, são referidos conjuntamente, a fraternidade sempre se esquia ou sobra das referências. Não há razões para tanto? Afinal são os três – e não um ou dois deles que correspondem ao credo da DUDH (BRASIL, 2009j).

O direito fraterno detém o código da inclusão, conforme bem salienta Resta, na qualidade de que escolhe direitos fundamentais e de igual sorte define o acesso universal, compartilhado a bens, que na dimensão da inclusividade, no mesmo momento todos podem usufruir deles. O ar, a vida, o patrimônio genético, as propriedades só podem ser inclusivos se puderem ser igualmente distribuídos (2004, p. 135).

Então, pelo homem “tudo isto farás?”. “E nós que devemos fazer?” “Não exerçais violência sobre ninguém, não denunciéis injustamente e contentai-vos com o vosso soldo” (SARAMAGO, 1991, p. 386 e p.419), o que significa na adoção do Direito Fraterno que “todos esses documentos selados, a que chamamos acordo, pacto, tratado, contrato, aliança, figurando eu neles como parte, podiam levar uma só cláusula” (idem, ibidem, p. 371). Não será a cláusula da fraternidade?

O Direito Fraterno tem o dom da fraternidade e esta tal fraternidade trás insíta o sentido da presença do “estar aqui” que se mantém nas regras do jogo – o custo mínimo de manutenção das relações amistosas, e o ganho máximo - do outro, conforme a relação de que nos conforta Ricoeur, o si-mesmo como outro na “traição do Dizer num outramente que não está à altura do outramente que ser” (2008, p.30) - longe de se aproveitar da idéia do progresso de cada vez mais e sem fim, “pois Bobbio, kantianamente, tem muita consciência que o progresso humano não é necessário” (LAFER, prefácio, 2009), mas se faz na medida de um progresso histórico, e que oportuniza-se segundo a dimensão de uma ordem que é feita jurídica, acordada, pactuada pelos homens, fundamentada no terceiro valor da Revolução Iluminista. Na lição de Resta, é nesse mundo simbólico de violência que a fraternidade, transmutada da amizade política, tomar lugar a cena da história das instituições modernas (2004, p. 35).

Quando a Revolução Francesa sancionou a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, a fraternidade já havia conseguido o seu ingresso na história e, desta maneira, o seu

estabelecimento e formulação no mundo jurídico já se fizera através das Constituições. (RESTA, 2004, p. 35).

A amizade, nos termos que assevera Eligio Resta, possui uma particularidade: une independentemente de vínculos e liames visíveis. Parece retirar-se em um mundo onde o não-conhecer não anula a existência, subtraindo-o ao domínio de qualquer idealismo. Os amigos podem não ser conhecidos, mas podem ser reconhecidos. Pode-se dizer que sua gênese é ao mesmo tempo contingente e transcendente, independente do jogo do seu manifestar-se. (2004, p.21).

Em outras palavras, “será necessário afastar os preconceitos que se interpõem e deformam a relação de amizade, para que o outro seja visto como um ser de gratuidade, e não como um ente *economicus*, um objeto de trabalho ou um meio para qualquer fim egoísta”. (CASAGRANDE, 1997, p. 342).

É também deveras significativa a influência que a fraternidade exerce na esfera onde menos se espera encontrá-la – na esfera da legitimidade política. Como afirma Dworkin, que valor mais poderia se apresentar para uma comunidade política no sentido de tratar seus membros assumindo obrigações de decisões coletivas? Não no terreno dos contratos, dos deveres da justiça ou das obrigações, do jogo limpo. O campo onde ela se faz presente, é o da fraternidade<sup>179</sup>, o da comunidade e de suas obrigações concomitantes e que atende pelo nome de comunidade do modelo dos princípios, eis que este torna específicas as responsabilidades da cidadania: que pratica a não exclusão, todos estão juntos para o melhor ou pior, ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em uma batalha, na empreitada de uma justiça total. Este modelo pode falhar mas ele atende as condições da comunidade melhor que outro modelo. Reside aí uma boa justificativa para o seu restabelecimento. (1999, p.250 e 256-257).

Dito de outra maneira, para concluir esta parte, em respeito a um dado curioso, tal qual os DDHH que decorre de processo de afirmação histórica, e tem lugar justamente no “movimento” das revoluções, representativa do “pacto” da Declaração Universal dos Direitos

---

<sup>179</sup> Para efeitos do presente trabalho, e não custa insistir, não há sentido prático em estabelecer severa distinção – quanto a fraternidade – se esta é representativa de “valor” ou se pertence a dimensão de um princípio e, portanto, se se tratar princípios enquanto normas ou como valores se, no caso, é tarefa da pesquisa examinar a fraternidade enquanto (re)afirmativa dos DDHH. Com isto adianta-se que pouco interessa o fundo da discussão, se pretende mesmo é estabelecê-la enquanto temática e, não marco teórico de enfrentamento contido no conflito de fundamentação da questão. No fundo, o que está em questão é o reconhecimento de um projeto que se assenta no Estado de Direito, subjacente ao projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito, de uma sociedade de cidadãos fraternos, livres (liberalismo) e iguais (democracia), em detrimento de um *critério técnico de convencimento*, ou seja, o exercício dos direitos e a sua garantia.

Humanos (BRASIL, 2009j), o Direito Fraternal também tem seu fundamento maior em uma revolução, a Revolução Francesa. Resta presta confirmação quanto a tais eventos, simbólicos de redes de fraternidade:

Uma ligação imprevista pode emergir entre este presente tão inquieto e o passado iluminista, aparentemente tão distante. Enquanto vão-se experimentando novas formas de política e do direito, e o cenário dos direitos humanos impõe inéditas “autocompreensões normativas” em cada parte deste mundo, um segundo olhar menos fúlgaz nos reconduz para algumas grandes questões já colocadas no experimento iluminista. (RESTA, 2004, p. 132).

Tal qual os DDHH, o Direito Fraternal tem o dom de celebrar o código fraternal, representativo do ser homem e de ter humanidade, de tal forma que este estende sua gramática aos Direitos Humanos e assim, na dimensão do princípio fraternidade, ele estabelece objetivos, uma “antropologia de deveres” correspondente a uma “gramática de direitos”, que, no dizer de Resta (2004, p. 134), os DDHH são o lugar da responsabilidade e não da delegação; constituem a crítica da tolerância da prática, que se alimenta das dissimetrias.

A seu modo o Direito Fraternal é um modelo de direito que tem na regra do jogo a “obrigatoriedade universalista de respeitar os direitos humanos” (RESTA, 2004, p. 135) e, desta forma, afastar das regras o “egoísmo dos *lobos artificiais* ou dos poderes informais que, à sua sombra, governam e decidem” (idem, *ibidem*, p. 135). Ao contrário arrisca no jogo sem impor e tal qual a aposta de Pascal (1623-1662)<sup>180</sup>, o benefício se existir, pode ser maior do que o custo empregado. Se não tivesse existido o que se gastou, teria sido um custo mínimo em relação ao que se poderia ter ganho. Façamos nossas apostas na fraternidade.

Um típico sentido do que é possível com a aposta do Direito Fraternal, na concepção dos Direitos Humanos, pode ser exemplificado com a “doutrina do terror”, de que nos remete Bobbio, a qual é fundada no princípio tradicional do temor recíproco elevado ao mais alto dos níveis. Para que seja este recíproco e, assim possa atingir o objetivo maior de obstaculizar, paralisar ou impedir a agressão, as forças de ambos tendem ao equilíbrio, o que requer uma igualdade dos dois lados. Assim, paradoxalmente, nas relações entre Estados ou blocos de Estados, a paz é garantida pela igualdade das forças, entre Estados e indivíduos, a paz é garantida pela desigualdade (2009, p. 64).

---

<sup>180</sup> A referência é de Resta. Neste sentido Verbetes “Blaise Pascal” (1623-1662). CARRAUD, Vicent. In CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff. São Leopoldo: Editora Unisinos, vol. 2, 2003, p. 285-291.

Diante de tal quadro é visível que no caso de “quebra da paz”, em ambas as situações, o sentido é de buscar o retorno ao estado de paz, e para isto, a guerra não se apresenta como uma solução, mas um meio de força bastante para estar a altura de “ameaçar os eventuais refratários com um mal tão grande a ponto de tornar desvantajoso qualquer ato de guerra, engendrando a expectativa de um mal futuro, no qual consiste por definição o medo”. (BOBBIO, 2009, p. 65).

O exercício do poder, tem aqui a fórmula de Pascal, antes referida, qual seja, conforme nos alerta Bobbio, a ameaça de um mal (pena) gera o temor e a promessa de um bem (prêmio) que suscita esperança (expectativa de um bem futuro), para conseguir um bem menor (a paz) e, desta forma, evitar o mal maior (a guerra), ou, então promover um bem maior (a prosperidade) e para evitar um mal menor (menor do que a guerra, a pobreza) (2009, p. 65). Tem-se aqui, um quadro do equilíbrio do terror (note-se bem, a expressão é bem mais do que o medo tradicional de outrora). É a dissuasão pelo terror, o convencimento a preço do terror, de que é ilustrativa a criação de inimigos comuns, cuja situação, tem-se a Guerra do Vietnã, de que recorre Hannah Arendt (1968; 2005) para alertar sobre a mentira e o impudir ético<sup>181</sup>, e da mesma forma o tráfico ilícito de drogas, armas e o terrorismo, sem pretender esgotar as situações fáticas, mas são exemplos que detêm a qualidade de dar conta da expressão da exploração econômica e do terror e, ainda,

[...] é importante ressaltar a necessidade de hoje estar ganhando espaço (principalmente pela mídia) o conceito de “guerra justa”, no sentido de legitimar ações militares (internacionais ou anacionais, na guerra contra o terrorismo ou contra as drogas, contra o “crime organizado” etc.) afim de proporcionar um interesse universal de determinadas ações (interesse humanitário), e no mais das vezes, em nome da proteção dos Direitos Humanos. Muito mais do que ignorar séculos de lutas pela emancipação humana, esta nova concepção de poder (biopoder) proporciona reflexos contundentes sobre os Direitos Humanos. (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 163)

Por mais que as situações se revelem um sem fim do imaginário e da dimensão real do terror, é de todo recomendável um equilíbrio, e este, atende pelo nome do Direito Fraternal.

---

<sup>181</sup> ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução de Manuel Alberto. Lisboa, Relógio D’água Editores, 1968. Texto publicado pela primeira vez no *The New Yorker*, em 1967. Também, ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**, “in” **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 282-325.



O subcapítulo seguinte tem como objetivo, a partir da compreensão teórica, e com aporte em alguns autores, descobrir estes caminhos para que tais sejam percorridos, examinados e contemplados na perspectiva de que os DDHH convêm estar sendo sustentados, na correspondência do desafio maior da história humana – o atual desafio da história dos DDHH, que coincide com a história dos homens e das gentes, da história profética de que nos socorre Kant, qual seja, “de uma história da qual buscamos no presente não as condições de possibilidade, mas apenas os sinais premonitórios” (BOBBIO, 2007, Introdução, LV): a compreensão de direitos baluartes de inspiração comum da não-violência, ciente de que desde os primórdios a violência tem povoado o dia-a-dia humano, situação representada pela rivalidade entre os seus e os outros e o estabelecimento de uma identidade individual e coletiva e pela luta da sobrevivência, iniciada na era bestial<sup>182</sup> e que na atualidade, na era tecnológica, galgaram a dimensão do terror<sup>183</sup>, ou da corrida armamentista cada vez mais aperfeiçoada<sup>184</sup>.

Para tanto, buscaremos expor as consequências das (in)especificidades dos Direitos Humanos visando um equilíbrio quanto as questões da violência e do terror e assim traçar uma breve fórmula quanto a sua própria formulação.

---

<sup>182</sup> Edgard Morin, anota os seguintes períodos de estabelecimento da organização no espaço terrestre: universo 14 bilhões/anos; terra 5 bilhões/anos; vida 2 bilhões/anos; vertebrados 600 milhões/anos; répteis 300 milhões/anos; mamíferos 200 milhões/anos; antropóides 10 milhões/anos; hominídeos 4 milhões/anos; *homo sapiens* 140 mil a 100 mil/anos, dentre os quais, 50 mil/anos foram de matriarcado e 4 mil/anos de patriarcado; cidades, Estados 10 mil/anos; filosofia 3.500/anos (1973, p. 49).

<sup>183</sup> O repúdio ao terrorismo é compromisso ético-jurídico que o Brasil assumiu perante a comunidade internacional: "O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradisciplinar do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política." (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-04, Plenário, DJ de 1º-7-05). (BRASIL, 2010, p. 29).

<sup>184</sup> Bobbio (2009, p. 182) refere a uma corrida por armamentos cada vez mais aperfeiçoada – sendo que a perfeição é medida pelo número de mortos - de tal forma que continuando neste ritmo desenfreado, isto faz pensar em uma disputa de robôs (de seres inumanos) que fugiram do controle da racionalidade.

## 4.2 A Especialização do Conceito dos Direitos Humanos no Paradigma do Direito Fraterno: em busca da fundamentação, proteção e equilíbrio

O conceito dos DDHH, para lá de referir ao legado dos direitos do homem que dão conta de sua sustentação, comporta outros fundamentos, que formatados na concepção da dignidade humana, e, portanto, na dimensão jurídica, tem no conjunto de outros aspectos a orientação conjunta de seus fundamentos que podem ser ditos social, histórico, filosófico, moral. Notadamente por isso, no contexto do presente capítulo convém um reforço, qual seja a compreensão de que os Direitos Humanos devem ser acrescidos de fundamentos que justifiquem a sua proteção e equilíbrio na sociedade internacional. Quais são estes fundamentos e de que maneira eles se apresentam? A resposta e o exame da presente proposição pretende dar conta de prestar correspondência a especialização do conceito dos DDHH.

É preciso neste ponto alguns esclarecimentos antes de começar a questão especificamente proposta. A lexia da “especialização”, no caso adotada de maneira a dar qualidade ao conceito, conforme sinalizado neste capítulo, é aqui utilizada com o sentido de dar conta, ou pelo menos tentar - não obstante a incapacidade que se avizinha - no sentido de oferecer um mínimo de explicação, de justificativa, ou de argumentos em prol da tarefa do conceito dos Direitos Humanos que já foi apresentado nos capítulos anteriores. O estudo de pronto reconhece que as explicações ou justificativas pouco ou nada podem fazer pelo convencimento, as racionais podem ser analíticas e quebrar a síntese do conjunto, e com frequência, questões que tais, podem se ver enoveladas em tamanho contraste que é impossível aceitar uma sem excluir a outra, enquanto que as teológicas, por mais que insistam alguns afoitos, não cabe neste trabalho, ainda que a tônica seja a fraternidade. Mas é importante lançar um mínimo esclarecedor na dimensão afirmativa dos DDHH, sem o qual não se dá conta do objetivo deste estudo.

Para tal tarefa, convém uma ilustração da tarefa de (re)afirmação dos DDHH, tendo em conta a influência da *fraternité* na perspectiva do Direito Fraterno. Recorre-se aos exemplos citados por Bobbio:

[...] Mesmo hoje, quanto todo percurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz, as quais o mais convicto pessimista não pode deixar de reconhecer: a escravidão, a

supressão em muitos países dos suplícios que antigamente acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco em primeiro lugar, junto dos movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, pelo reconhecimento, pela proteção dos direitos do homem. (2009, p. 146)

A despeito dos problemas que afligem a condição de deterem a fundamentalidade no espaço contemporâneo, qual seja, “o problema dos direitos do homem e o problema da paz” (BOBBIO, 2009, p. 111) e visando a complementação da tríade anunciada, acresce-se à fundamentação o necessário sinal de promessas que precisam ser mantidas, qual seja o sinal positivo da “crescente importância ao problema do reconhecimento dos direitos do homem” (idem, ibidem, p. 139), que é significativo na luta em prol da proteção dos DDHH.

Na resposta de Bobbio ora mencionada há um dado fundamental e revelador - o qual, ao lado do progresso histórico, quanto a proteção dos DDHH, já citadas anteriormente - tem-se como pano de expressão os Direitos do Homem, a Democracia e a Paz (2007, p. 198-199). Resgare-se neste que a expressão Direitos do Homem<sup>185</sup>, até porque se trata de obra traduzida, a referência que cabe é a de sua compreensão na esfera dos Direitos Humanos.

Entre as medidas para tais questões, que pertencem a expressão do legado de Bobbio, certamente o seu “trabalho capital”, para cada um deles, Bobbio introduz alguns aspectos dignos de nota. Convém o realce sobre “os problemas fundamentais de nosso tempo”, quais sejam, “o problema dos direitos do homem e o problema da paz” (2009, p. 111). Para os Direitos do Homem, tem-se a questão do problema de seu reconhecimento (2007, p. 139) e a questão – esquecida segundo Bobbio - da “própria sobrevivência depende da solução do problema da paz e a solução do problema dos direitos do homem é o único sinal certo do progresso civil” (2009, p. 111).

É útil serem prestados alguns esclarecimentos, neste ponto da pesquisa, de ordem metodológica do trabalho. Quanto ao problema do reconhecimento – será aberto um tópico específico para trabalhar a questão diretriz, onde será incluída a doutrina habermasiana (2004)

---

<sup>185</sup> Neste sentido, ver nota de nº 10 no primeiro capítulo, a qual registra as prováveis divergências em torno da expressão “direitos do homem” *versus* “Direitos Humanos” tomados na dimensão das declarações, os quais certamente podem ser estendidas para a compreensão aqui instalada dos “direitos do homem”. Assim, Herkenhoff (1998, p. 34-35) confirma que a Declaração é denominada “Declaração Universal dos Direitos do Homem” ou “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (BRASIL, 2009j). Na tradução oficial da língua portuguesa, constam as duas denominações: Direitos Humanos (no título de rosto) e Direitos do Homem (nas menções subsequentes). Com isto, é previsível, que nas traduções oficiais, costumam apresentar as duas formas. São exemplos, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (espanhol); *Universal Declaration of Human Rights* (inglês); *Déclaration Universelle des Droits de l’Homme* (francês); *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo* (em italiano). Pois bem, *Diritti dell’Uomo* (em italiano), não seria equivalente na língua portuguesa aos Direitos Humanos(?). Penso que a resposta é afirmativa.

a respeito da questão. De outro lado, é preciso considerar que o futuro da paz está ligado ao futuro da democracia (1986) – tais questões serão examinadas no subcapítulo 4.2.1 deste estudo.

A questão jurídica – onde “entra em cena o direito” em torno da pacificação, segundo Bobbio (2009, p. 165) é apontada em torno das seguintes linhas: *o primeiro* não é de validade da regra, mas de sua eficácia, qual seja, não é questão afeita ao fundamento racional do *pacta sunt servanda*<sup>186</sup>, mas da sua efetiva e máxima possível aplicação e, atendendo a matriz hobbesiana ninguém é obrigado a aderir um pacto “se não estiver seguro de que o outro fará o mesmo”.

O *segundo* princípio fundamental da paz por meio do direito é apontado por Bobbio no sentido de que sua observância garante a conservação da paz: “As leis devem ser obedecidas”. Sendo este um princípio moral seu fundamento há de ser buscado em um argumento racional, qual seja, no sentido de que nenhum grupo sobrevive sem normas de caráter geral – *super partes* (que diferem dos contratos, as *inter partes*) e que devem ser ao

---

<sup>186</sup> A seguir, anota-se uma decisão do STF, ilustrativa da dimensão das questões que decorrem do *Pacta Sunt Servanda*. É uma decisão recente, (agosto/2009), e tem como referência a Convenção de Haia (BRASIL, 2009e). Em torno dela, há uma deferência, eis que, com o discurso de Rui Barbosa, em 1907, defendendo a tese da igualdade entre as nações (2005, p. 117), o Brasil ganhou projeção internacional: Gostaria (...) de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. (...) A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais prevêm em seu próprio texto, a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o Chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. (...) Atualmente (...) a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Mas, apesar dos esforços em esclarecer conteúdo e alcance desse texto, ainda não se faz claro para a maioria dos aplicadores do Direito o que seja o cerne da Convenção. O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como judicial. A Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao Código Civil. Verificando-se que um menor foi retirado de sua residência habitual, sem consentimento de um dos genitores, os Estados-partes definiram que as questões relativas à guarda serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração, ou seja, sua jurisdição natural. O juiz do país da residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros da Convenção como o juiz natural para decidir as questões relativas à sua guarda. A Convenção também recomenda, que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais. (...) É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção." (ADPF 172-REF-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-09, Plenário, DJE de 21-8-09). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1> Acesso em: 28 jan. 2010i.

máximo observadas (se proibições) ou executadas (se comandos). Faz-se então, referência ao modo específico “por meio do qual é feito valer”: se todos os contratos devem ser observados, todas as leis devem ser obedecidas<sup>187</sup> (2009, p. 167).

A terceira questão do pacifismo é apontada por Bobbio sob a denominação de “pacifismo jurídico” e é examinada a partir da “causa determinante das guerras” em contraponto aos “remédios necessários para realizar um estado de paz” de onde sucedem os muitos pacifismos, quais seja, “político, social, econômico, moral, religioso, etc.” (2009, p. 168). Diversamente do que possa transparecer, o pacifismo jurídico “considera a guerra efeito de um estado sem direito”, onde a tônica é a ausência de “normas eficazes para a regulação dos conflitos” (BOBBIO, 2009, p. 168)

Sob a perspectiva de que as correntes pacifistas voltam sua atenção para as relações internacionais, e em tais relações a guerra é um dado permanente, o pacifismo jurídico tem em conta a formação de uma sociedade de cunho internacional onde os conflitos sejam solucionados sem recorrer a guerra e de onde decorrem o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*<sup>188</sup>. Desta maneira, o estado jurídico dá conta de dois Estados: o Estado que nasce de um pacto de associação é o Estado de direito provisório, enquanto que o Estado que nasce do partilhamento de bens e do uso da força, é o Estado de direito peremptório. (BOBBIO, 2009, p. 170)

Bobbio infere que a passagem de um (provisório) para o outro (peremptório) equivale a passagem da confederação de Estados para um Estado federal, e ainda assim é um tanto imperfeito na caminhada do processo da paz por meio do direito. Assim comprovam a Sociedade das Nações e a Organização das Nações Unidas frente a incapacidade e do pouco que puderam dar em prol da garantia da paz perpétua. O Estado de direito peremptório decorre de um estado constituído no ordenamento normativo, onde existe o direito próprio do positivismo jurídico e um poder capaz de dar eficácia as normas do ordenamento (2009, p.

---

<sup>187</sup> Na seqüência Bobbio se põe a analisar a questão da hierarquia das fontes do direito, inferindo que, se os contratos, enquanto normas individuais detêm fontes inferiores perante as leis que são normas gerais, isto significa que os contratos onde os contratantes se comprometem a cumprir atos contrários às leis ou que as violem, não são juridicamente vinculantes. Para as leis, aponta outras considerações. O controle jurisdicional da conformidade das leis ordinárias em relação a leis hierarquicamente superiores (como é o caso das leis constitucionais), mesmo a lei contrária a constituição deve ser obedecida até que esta seja declarada inconstitucional – o que equivale dizer “enquanto não for declarada a sua ilegitimidade”. Quanto as leis constitucionais, acima das quais, conforme lembra Bobbio, há somente as leis naturais – que são, na perspectiva de suas validades, normas não jurídicas, o dever de observá-las não é jurídico, mas decorre da força moral ou política (2009, p. 167-168)

<sup>188</sup> Quais sejam respectivamente, pacto de associação e pacto de submissão.

170). Conclusivamente, o que decorre do pacifismo jurídico é o fim da guerra mediante o uso desregulado da força – e não o fim da força porque dela não prescinde o direito (BOBBIO, 2009, p. 172).

Para completar a tarefa da fundamentação e da proteção é preciso trazer para a cena o equilíbrio. Este se apresenta nos escritos jurídico-institucionais, conforme anuncia Bobbio (2009, p. LII), decorrente do contraste entre o processo de democratização posta na evolução do sistema internacional, do qual decorre o sistema de equilíbrio entre as grandes potências. Este atende pelo nome de terror. Sobre este problema Bobbio lança o seguinte questionamento:

“É possível, e como é possível, sair do sistema de equilíbrio pelo qual a paz sempre foi, e sempre será, uma trégua entre duas guerras, e aperfeiçoar o processo de democratização da comunidade internacional, cujo objetivo deveria ser aquele, próprio a todo sistema democrático, de estabelecer regras e instituir poderes para a resolução pacífica dos conflitos entre as partes? (2009, p. LII, Introdução).

Pela importância neste trabalho, convém examinar a questão proposta, qual seja, a problemática desta história que é revelada por Bobbio, na introdução do *Il Terzo Assente*<sup>189</sup>, que é montado em torno do “sistema de equilíbrio pelo qual a paz sempre foi, e sempre será, uma trégua entre duas guerras” no sentido de “aperfeiçoar o processo de democratização da comunidade internacional”<sup>190</sup> e, da mesma forma, de “estabelecer regras e instituir poderes para a resolução pacífica dos conflitos entre as partes” (BOBBIO, 2009, Introdução, LII), e de onde são buscadas respostas para essas questões, as quais decorrem de dois extremos: “a ação diplomática, praticável, mas insuficiente, e a educação para a paz, mais eficaz, mas menos realizável” e, a verdadeira resposta, por considerar que a virtude está no meio, segundo Bobbio, refere-se a “criação de novas instituições que aumentem os vínculos recíprocos entre os Estados ou ao fortalecimento daquelas entre as antigas que até agora deram bons resultados” (2009, Introdução, LIII).

Outro reconhecido autor, de expressão internacional, de notória ligação às atividades relacionadas à educação para a paz, Pierre Weil (1997), chegou a uma conclusão a qual, pode-se dizer, reforça a tese de Bobbio. Respondendo a indagação: “Serão as empresas novas universidades e catedrais para o terceiro milênio?” (1997, p. 109), Weil tece algumas

---

<sup>189</sup> Que foi traduzido no Brasil em 2009 com o título do “Terceiro Ausente” – ver referências. Título Original completo: *Il Terzo Assente: saggi e discorsi sulla pace e la guerra*.

<sup>190</sup> Na atualidade, segundo Bobbio, o medo recíproco sobre o qual se funda o sistema de equilíbrio, recebeu o nome de “terror” (2009, Introdução, p. LII).

considerações:

Se olharmos bem o que está acontecendo desde o fim da Segunda Guerra Mundial no que se refere à educação do adulto, podemos facilmente constatar que são as organizações que têm preenchido cada vez mais este papel. Uma das causas é o caráter conservador das universidades, que têm dificuldade de se adequar às rápidas mudanças de conteúdo, ao aumento exponencial das descobertas e criações e ao fato de as organizações serem hoje o cenário principal destas mudanças. Assim, as organizações estão aos poucos se tornando novas universidades no que tange à educação. Mas elas podem ir além, em relação à plenitude: elas podem se transformar em novas catedrais para o terceiro milênio. Queremos dizer com isto que poderão contribuir para devolver ao trabalho humano a sua dignidade e à natureza de seu caráter sagrado (1997, p. 110).

Finalmente, anuncia a seguinte conclusão:

[...] as organizações, e através delas as tecnologias, contribuirão para que o homem atinja plenamente o sentido da palavra plenitude: estar pleno, realizar todo o seu potencial, todo o seu destino de modo inteiro e completo. (WEIL, 1997, p. 110)

Retomando os problemas de que certificam Bobbio, quais sejam os direitos do homem e a paz, são tomados a partir da recomendação kantiana<sup>191</sup> de um “poder supremo que proceda segundo regras de prudência os pode e deve manter na ordem”, razão pela qual “este salto desesperado/(*salto mortale*) é de um tipo tal que” são tomados sob o contexto de duas dimensões: uma compreende o avanço do pacifismo social (governabilidade), a outra, encerra a concepção da governança democrática, com a advertência, “Se nada existe pela razão force ao respeito imediato (como o direito dos homens), então, todas as influências sobre o arbítrio dos homens são impotentes para restringir a sua liberdade” (s/d, p. 94-95).

Ora, a lição do Direito Fraternal há muito bem de complementar referida tarefa. Há razões para tanto, eis que tal qual a Revolução Francesa de onde ocorre ser tomada a lição da igualdade e liberdade, e da fraternidade, tanto o Direito Fraternal quanto a Revolução Iluminista usufruem do mesmo sinal, o sinal do esclarecimento. Lá, a “época do Iluminismo, ou o século de *Frederico*”<sup>192</sup> (KANT, s/d, p. 17). Neste sentido, “*o iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado*”<sup>193</sup> (KANT, s/d, p. 11)<sup>194</sup>. Cá, uma

---

<sup>191</sup> Convém esclarecer que quanto ao progresso histórico (indicadores) – subcapítulo 4.3 – foi adotada a lição kantiana: “Há na natureza humana disposições a partir das quais se pode inferir que a espécie progredirá sempre em direção ao melhor, e que o mal dos tempos presentes e passados desaparecerá no bem das épocas futuras” (KANT, s/d, p. 95). Esta foi tomada sob o viés afirmativo. Kant, na verdade a toma de maneira indagativa.

<sup>192</sup> A respeito do príncipe Frederico, Kant (s/d, p. 17) revela que este considera seu dever nada prescrever aos homens em matéria de religião e deixa a estes em plena liberdade, e que recusa o arrogante nome de tolerância, razão porque merece ser-lhe grato pela posteridade, como alguém que libertou o gênero humano da menoridade.

<sup>193</sup> A título de ilustração, complemento a resposta à pergunta: “Que é o iluminismo?” [...] *A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. Sapere aude!* Eis a palavra de ordem do Iluminismo. (KANT, s/d, p. 11)

época de esclarecimento, de “liga da paz”<sup>195</sup>, uma forma ideal de encerramento do período tempos que se propõe com os pactos de guerra, os quais são propostos na urgência de por fim a uma única guerra e celebrar novos e urgentes tempos fraternos de paz. Outra não é a missão da DUDH (1948), quando esta assinala em seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, referido documento aponta os fundamentos eleitos quanto a paz no mundo (BRASIL, 2009j).

Se a meta da paz é atingível ou não, persiste alvo de indagação. O que se sabe é que, no estado atual da consciência civil e moral da humanidade, todos os projetos de paz perpétua são utópicos, seja o marxista, o iluminista e o cristão (BOBBIO, 2009, p. 171). Mas as razões da violência persistem sem explicação convincente.

Da mesma forma, convém registrar, no espaço nacional, o PNDH-3, aponta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 2009j), os diversos pactos, tratados e convenções internacionais que a ela sucederam, tem demarcado um modelo mundial de proteção dos Direitos Humanos, de tal forma que o reconhecimento e a incorporação dos Direitos Humanos, no ordenamento social, e no cenário político e jurídico brasileiro, decorrem de um processo de conquistas históricas, que se materializaram na Constituição de 1988. Desde então, avanços institucionais passaram a preencher a agenda cotidiana brasileira, ao mesmo tempo em que o cotidiano nacional ainda é atravessado por violações rotineiras desses mesmos direitos (BRASIL, SEDH/PR, 2010f), que certamente abalam a essencialidade da paz doméstica.

Em um âmbito maior, há ainda os que insurgem quanto ao estado de paz que impera na contemporaneidade, não no sentido de que referido estado não seja idealizado, mas com o sentido de continuar utópico e sem perspectiva de vir a ser no momento presente. Touraine é enfático nesta percepção e infere que, no contexto da modernidade está longe a imagem do sujeito humano conferida pela Filosofia das Luzes. Vai longe o tempo em que, herdeiro das teorias do direito natural e, na atualidade (tempo que se vive), herdeiro dos

---

<sup>194</sup> Itálico conforme consta no original.

<sup>195</sup> Bobbio (2009, p. 129) registra uma citação organizada por ele para coleção “*Universale*”, 1985: KANT, I. *Per la pace perpetua*, p. 13-15: “de uma associação de natureza especial que pode ser chamada de liga da paz, distinta do pacto de paz em si, já que, se este último se propõe a colocar fim simplesmente a uma guerra, aquele, ao contrário, se propõe a por fim a todas as guerras e para sempre”. E anota que Kant profetizou estas páginas em um dos períodos mais turbulentos da história européia, o período das guerras napoleônicas. E indaga, “quem imaginaria, [...] que depois de dois séculos, o sonho de um visionário, como foi chamado se tornaria realidade?” (2009, p. 129)



Direitos Humanos, o ser humano persiste na tarefa de reinar acima das realidades da vida social (TOURAINÉ, 2009, p. 57). Aliás, a luta pelo pertencimento de direitos, em tempos de promessas não cumpridas<sup>196</sup>, deixa revelar os tempos das “elites que se impõem” e o “das elites que se propõem”<sup>197</sup>.

E conclui que a modernidade tenta eliminar todas as referências a uma forma medíocre de consciência dos atores e a seu modo construiu um modelo de atuação voltado para a busca racional pelo prazer e o interesse e o cumprimento das funções sociais necessárias a sobrevivência e a evolução. Nenhuma de tais finalidades ocupa-se da construção do indivíduo por si mesmo como ser livre e responsável. Por isso a declaração dos Direitos do Homem de 1789 é muito mais o fim que o começo (TOURAINÉ, 2009, p.13).

Por mais que insistamos na concepção das promessas não cumpridas, elas não receberam o selo da impossibilidade, e pelo fato de que podem vir-a-ser, convém um voto de “pacto da paz”, enquanto se aguarda a “liga da paz”. Em 26 de junho de 1945 foi assinado em São Francisco o Estatuto das Nações Unidas, que finalmente foi proclamado e entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano. O ideal a ser perseguido está ali assentado: “Nós, povos das Nações Unidas, decididos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]. E confirma o documento que, para conseguir referidos objetivos, deve-se “[...] praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos” (BRASIL, 2009).

Três anos se passaram, e novamente, ocupados quanto as “promessas não cumpridas”<sup>198</sup>, ou mais ainda, “*Bellum dulce inexpertis*”<sup>199</sup>, depois dos esforços da comunidade internacional um catálogo inteiro de Direitos Humanos são aprovados. De fato,

---

<sup>196</sup> Expressão recorrente no “Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo”, obra de Norberto Bobbio (1986). Ver referências.

<sup>197</sup> As expressões (ambas) são citadas por Bobbio (1986, p. 27), enquanto referências ao livro de F. Burzio “*Essenza e attualità del liberalismo*” (1945).

<sup>198</sup> Expressão que aparece no “Futuro da Democracia” (BOBBIO, 1986).

<sup>199</sup> *Adagia* de Erasmo de Roterdã, referido por Bobbio, que traduzido na linguagem popular – “quem louva a guerra não a teve diante dos olhos”. (1997, p. 45)

com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, (BRASIL, 2009j) os DDHH ganham destaque e passam à ordem de proteção internacional. Da concepção jurídica, os direitos da pessoa colocados na dimensão dos Direitos Humanos, guardam justificativa com a dignidade humana, e portanto, a atuação do homem, no espaço dos DDHH passam a ser sustentados na qualidade de que, os direitos primários das pessoas referem-se a todos os seres humanos.

A concepção histórica de direitos do homem detém o sentido do sujeito histórico. Mediante tal concepção, os Direitos Humanos se colocam em construção, e os direitos que daí sucedem “não nascem todos de uma vez”, “nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 2004, p. 26), e como tal, o sujeito que daí decorre, tem referência com o homem enquanto sujeito e intérprete de sua história, titular de direitos naturais, pelo único fato de sua existência. Assim, ao reafirmar a tese da historicidade dos direitos, Bobbio aponta que os DDHH, ainda que se lhes atribua a condição de fundamentais, surgem “em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual” (2004, p. 26).

Denninger refere que a tensa relação que decorre entre o velho ideal de uma igualdade de todos os cidadãos ocupantes do Estado-nação e o novo ideal de coexistência de pluralidade de identidades ocupa a cena dos debates para incluir a proteção e a promoção de grupos e de minorias, o que garante o estado constitucional baseado numa cidadania nacional comum em favor de uma comunidade política multicultural e multinacional, o que afasta a lógica passada baseada em uma cidadania nacional comum. (2003, p. 30).

Com o advento da CRFB/1988, voltado para a noção de cidadania, ligada ao homem ser-cidadão, na dimensão dos DDHH tem-se a perspectiva de Direitos ligados à democracia, na convivência com as “promessas não mantidas”<sup>200</sup>, mas adstritas ao projeto constitucional, de onde há de ocorrer o homem cidadão e de quem se espera o estabelecimento de laços perante a comunidade estatal, em que conste a existência do “poder invisível”<sup>201</sup>, que na atualidade tem freiado a ação do homem, no campo da segurança.

---

<sup>200</sup> A expressão aparece em “O Tempo da Memória: de Senectude e outros escritos autobiográficos” (BOBBIO, 1997 p. 158), certamente com o mesmo sentido de “promessas não cumpridas” conforme consta de “O futuro da Democracia” (1986).

<sup>201</sup> O “poder invisível” é referido na obra de Bobbio com o sentido de que o segredo está no núcleo do poder (1997, p. 158). Também deveras interessante é a referência apontada por Graziano Sobrinho (2010, p. 219), o qual detém sentido muito próximo. Anota-se para conclusão: Em 2004, as empresas de segurança eletrônica

Conforme apresentado no primeiro capítulo há quatro formas sustentadoras da matriz teórica dos DDHH, quais sejam, a concepção histórica de direitos do homem – sujeito histórico; depois direitos da pessoa, justificadora de um grau de dignidade humana; e, na situação do Brasil, após o advento da CRFB/1988, voltado para a noção de cidadania, ligada ao homem ser-cidadão; e, por último, objeto desta pesquisa, a promoção do homem fraterno e o estabelecimento deste ser “outramente”, e aqui convém a referência, além de Paul Ricoeur (2008), a afirmação de Alain Touraine (2009) para referir e tratar o “outro”.

Referidas concepções, enquanto colocadas no espaço dos DDHH podem ser estabelecidas mediante conceitos que lhes são particulares, ainda que complementares, e que podem ser percebidas através da historicidade pertencente aos Direitos Humanos e que lhes é particularmente própria. Desta maneira, no contexto deste estudo, tais expressões, nos termos já registrado no capítulo primeiro devem neste serem traduzidas:

*Um*, os direitos do homem constituem uma “categoria heterogênea”, das quais pertencem estes mesmos direitos e os direitos de liberdade e os direitos sociais (BOBBIO, 2004, p.62); *dois*, a atuação do homem no espaço dos Direitos Humanos passa a ser sustentada na concepção da dignidade humana e, conforme assevera Bobbio (2004, p. 62), a realização de tais direitos requer condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das disposições dos meios para protegê-los; *três*, no Brasil, com a CRFB/1988, a realização dos direitos humanos ganhara a dimensão e *status* de construção de cidadania, de tal forma que a perfectibilização dos DDHH humanos que se têm diante de nós, direitos ditos reais e concretos, são mais protegidos na medida em que menos justos e menos protegidos, na proporção em que mais justos assegurando que, a intervenção do Estado pode significar mais poder e a não intervenção garante direitos mais livres; e, *quarto*, o estabelecimento do Direito Fraterno o que comporta a promoção do homem fraterno, deste ser “outramente”<sup>202</sup>, alicerçado no Direito Fraterno que se propõe a edificar/ estruturar paradoxos,

---

movimentaram aproximadamente 900 milhões de reais. Se forem consideradas as instalações de infra-estrutura, redes, cabo óptico, etc., esse valor salta para até 4 bilhões de reais. A alemã Bosch, as americanas GE e Honey Well e empresas como a Comtex disputam o mercado de instalação de sistemas públicos e de vigilância. A Bosch equipa 80% dos aeroportos do País e é responsável pelas câmaras do sistema de vigilância de Curitiba. 1.200 câmaras instaladas na cidade de Praia Grande-SP custaram aos cofres públicos R\$ 6,5 milhões. (citadas aqui com mínimas adaptações da referência).

<sup>202</sup> Ver também primeiro capítulo – nota de nº 11. A palavra em comento foi tomada, pela pertinência e proximidade de sentido da expressão utilizada por Paul Ricoeur e Alain Touraine (ver referências), para referir e tratar o **Outro**, na concepção de relação entre o eu (o Ser) com o outro, qual seja, “reconhecer os outros e suas diferenças” (TOURAINÉ, 2009, p.201), ou, o neologismo “outramente” traduz o *autrement* de Lévinas,

exatamente em função dessa paradoxalidade, que é constante e que se deve ser continuamente refletida de maneira clara” (VIAL, 2006, p. 182), o que não significa que “Esse novo direito não propõe a idéia ingênua de que deve amar mutuamente” (idem, ibidem, p. 182), não que não o faça, mas seus objetivos são bem mais críticos<sup>203</sup>, qual seja,

O Direito Fraternal coloca, pois em evidência toda determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide como espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade (RESTA, 2004, p. 13).

Sendo assim, a promoção do homem fraternal e o estabelecimento deste ser “outramente na perspectiva do Direito Fraternal desperta a vocação dos DDHH no sentido de construir um espaço de fraternidade. Para tanto, de um lado, hão de cooperar, tanto a compreensão e atuação do outro, como de igual sorte, a atuação do Estado, concorrendo com questões que vão desde o até a terceira solução de que nos converte Bobbio (2009, p. 278) em torno dos movimentos pela paz, de onde se estendem, “o unipolarismo, o velho ideal da paz perpétua pela formação do Estado universal”. De igual sorte, também merecem destaque e referência, a democracia e os direitos do homem. É sobre tais questões o objetivo deste ponto da pesquisa.

Afinal, quem é este “outro”? A concepção de relação entre o eu (o Ser) com o outro, isto é, seguindo o discurso interpretativo de Touraine “o sujeito só pode formar-se caso ele igualmente aprende a reconhecer os outros e suas diferenças” (2009, p.201). Ou, ainda, nos moldes Ricoeuriano o neologismo “outramente” foi adotado para traduzir o *autrement* de Lévinas, conforme consta da obra de Ricoeur (Advertência, 2008), “o si-mesmo como outro” (2008, p. 9).

Com base da teoria de Touraine, há o sujeito, o outro e os outros, qual seja, sendo temas equidistantes, são traduzidos de forma complementares, de tal forma que, na sua concepção, a elevação do indivíduo em direção própria só pode ser medida pelo

---

(RICOEUR, Advertência, 2008), “o si-mesmo como outro” (idem, 2008, p. 9).

<sup>203</sup> A título de ilustração da questão sugerida, anota-se: [...] Essas novas formas poderão ser construídas por operadores do direito que se dispuserem a fazer a diferença em um mundo de indiferentes; é um grande desafio que encontra suas limitações e suas possibilidades na própria sociedade, pois a mudança da sociedade só depende dela própria (VIAL, 2006, p. 185).

reconhecimento do outro como sujeito: enquanto reconhece-se o outro enquanto sujeito, reconhece-se a capacidade universal de todos se fazerem sujeitos (2009, p. 196).

De igual sorte, Touraine (2009, p. 191) aponta que, por tal ângulo, não há motivos para que a defesa dos Direitos Humanos, sociais e culturais de cada indivíduo, que somente podem ser defendidos coletivamente implicaria a indiferença quanto à situação dos outros. A defesa dos direitos pessoais, como sempre, faz alimentar a ação coletiva contra todos os privilégios, não havendo razão para negar a tradição secular do respeito do indivíduo com as lutas pelas liberdades coletivas.

Com isto, na sociedade atual a possibilidade de edificar paradoxos se dá pela técnica, que tanto os amplia como igualmente os reduz. A técnica é o lugar do aumento das possibilidades. Assim, a fraternidade não considera a técnica como algo que se abre ou se fecha, mas como algo que alcança a *philia* das contradições e das ambivalências (VIAL, 2006, p. 183), e de onde decorre um desafio para o direito fraterno na perspectiva de enfrentar a questão, segundo uma relação de complementaridade complexidade e de comunicação de tal forma que o sentido que o move, caso não se consiga o que se gastou, terá tido um mínimo gasto frente ao enorme ganho que poderia ter sido (RESTA, 2004, p. 136).

Na perspectiva constitucional histórica do Brasil, que não é diferente da ocorrência de outros processos históricos, tem-se que, ao contrário do que ocorre com a maioria dos direitos individuais tradicionais, onde a proteção exige apenas a não violação, quanto aos Direitos Humanos não convêm que estes sejam simplesmente atribuídos aos cidadãos, os quais passam a ser titulares e sujeitos – atores e autores de direitos, porquanto, então, cidadãos de Direitos Humanos. No dizer de Faria (1994, p.105), cada vez mais é requerido do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade, políticas que visam fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas.

O conceito dos direitos humanos, na concepção da atualidade, tem influência marcada com o seu próprio processo e movimento de internacionalização, que é recente na história, surgindo em torno do pós-guerra como resultado aos horrores do Nazismo, e do projeto de atrocidades e descartabilidade da pessoa humana que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. (PIOVESAN, 1999, p.240) e, de onde acudiram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (BRASIL, 2009j) e a Declaração de Direitos

Humanos de Viena de 1993 (BRASIL, 2009f). A Segunda Guerra Mundial, portanto, foi o marco a partir e em torno do qual, se dá o movimento de reconhecimento dos direitos humanos, legitimando o interesse e a preocupação internacional em torno do tema, de tal forma que a guerra refletiu uma ruptura com os direitos humanos, e o pós-guerra haveria de honrar a reconstrução de tais direitos. (PIOVESAN, 2000, p. 18-19).

A idéia dos direitos humanos, portanto, é a de que estes grassam a mercê de um direito que não pára de se construir, pertencente a modernidade, ou no mínimo, detém uma concepção moderna que ocupa o espaço dos direitos fundamentais na atualidade. Tais aspectos, justificadores da concepção de Norberto Bobbio, se assentam, segundo o contexto dos Direitos Humanos, a partir de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico<sup>204</sup> (2004, p. 22), significativo de decisivo avanço na rede de promoção e de proteção dos DDHH, na ocorrência de situações violadoras de tais direitos, e sem pretender esgotar os exemplos, tais como, quando há omissões ou falhas por parte das instituições nacionais na conduta e realização da tarefa da justiça, genocídio, tortura, desaparecimento forçado, violência sexual – estupro, prostituição, gravidez, esterilização forçadas, crimes de agressão e de guerra.

É de convir, portanto, que a idéia dos direitos humanos, a mercê de um direito em construção e que prima por um constante construir, portanto, são direitos históricos. De outra forma, nascentes da concepção de um mundo melhor e mais digno, detém uma qualidade de pertencimento a cena contemporânea que justifica a ocupação do espaço na agenda constitucional pertinentes aos direitos fundamentais na atualidade, e o anseio que se faz premido por ocupar lugar na agenda dos indicadores dos governantes a mercê de destacar os direitos dos homens colocados no espaço da sociedade e de suas relações na ordem pública.

A expressão “direitos do homem”, entretanto, foi usada muito antes. Segundo Goyard-Fabre (1994, p. 25) se encontra pela primeira vez no latim “jura hominum”, em um texto de Volmerus que data de 1537. Informa ainda que, na Magna Carta de João Sem Terra de 1215, se percebe uma certa preocupação a respeito do homem e todo aquele a que tem direito enquanto homem.

---

<sup>204</sup> Este último aspecto será examinado no terceiro capítulo deste estudo.

Há comprovação de tais dados? Segundo Goyard-Fabre sim. No mundo antigo prevaleciam as normas da cidade, não conheciam os direitos do homem. Pensava-se por referência a uma ordem do caos. Não havia lugar para o humanismo, nem para a singularidade do homem individual. Também, não se pensava na reivindicação de prerrogativas ou de direitos subjetivos. A expressão “direito” não designava um poder ou uma faculdade que o indivíduo pudesse recorrer, senão a arte do justo, da repartição equitativa de bens. Na modernidade foram produzidos textos significativos: na Inglaterra, a Petição de Direitos de 1628, a Lei de Habeas Corpus de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689; na América a Declaração de Independência de 1776; na França a Declaração de 26 de agosto de 1789, deram aos direitos do homem e do cidadão uma forma oficial e solene, confirmando a sua evidente modernidade (1994, p. 25-26).

Cabe neste ponto uma ressalva sob o argumento de ser melhor apresentada a Declaração Universal de Direitos Humanos (BRASIL, 2009j). O documento firma-se com um preâmbulo e mais trinta artigos, que foi discutido e votado pela Comissão de Direitos Humanos, após submetida à Assembléia Geral da ONU que a proclamou em 10 de dezembro de 1948. A Declaração é denominada “Declaração Universal dos Direitos do Homem” ou “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (BRASIL, 2009j). Na tradução oficial da língua portuguesa, constam as duas denominações: Direitos Humanos (no título de rosto) e Direitos do Homem (nas menções subsequentes). Com isto, é previsível, que nas traduções oficiais, costumam apresentar as duas formas<sup>205</sup>. (HERKENHOFF, 1998, p. 34-35)

A sua definição primeira, deve ser construída em torno da pessoa humana – o homem, e após passa-se à noção de afirmação, proteção e promoção de tais direitos, representativos da Declaração Universal (BRASIL, 2009j). Mas, afinal o que são tais Direitos?

A resposta pode dar-se desde distintas disciplinas e, aponta um enfoque sociológico, um discurso próprio, uma peculiar ideologia normativa do mundo burguês, ou no dizer dos juristas, um direito subjetivo “es decir, el derecho del hombre” e, finalmente, aponta que os Direitos Humanos são formas discursivas que colocam os indivíduos frente ao Estado

---

<sup>205</sup> São exemplos, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (espanhol); *Universal Declaration of Human Rights* (inglês); *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (francês); *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* (em italiano). (HERKENHOFF, 1998, p. 35)

em vez de estar os indivíduos uns frente aos outros, indivíduos em virtude dos Direitos Humanos (CORREAS, 2003, p. 122).

Detidamente, aponta-se para direitos construídos em torno de uma dimensão de indivíduos centrados em torno de uma dimensão indivíduos-Estado. Onde a característica do contrato social regulador do indivíduo esforça-se para a construção do coletivo, portanto justificador da cidadania.

Correas aponta que os Direitos Humanos são partes do conjunto dos Direitos Subjetivos. (2003, p.18), ou ainda, conforme disposto na própria DUDH (BRASIL, 2009j), é previsível que a lexia “humana” absorve um conteúdo amplo, abrangente dos direitos do homem e/ou da mulher, que na sua contrapartida o vocábulo “homem” não o possui.

Em outro aporte, a forma “Direitos do Homem” contém conotação individualista a induzir direitos de cada homem, enquanto que os “Direitos Humanos” são percebidos a partir de um aporte histórico, coletivamente construído, pertencente a uma dada cultura de um dado contexto e povo que a integra.

A expressão “Direitos do Homem”, como sinaliza Herkenhoff, abstrai os “direitos dos Povos”, que é essencial a vigência dos Direitos Humanos. (1998, p. 35).

Desta maneira, o tratamento adequado, incluindo a linguagem e a escrita são bons meios de promoção do conceito Direitos Humanos, razão pela qual, ciente de que referido documento, possui tanto a conotação expressa “Direitos Humanos” e “Direitos do Homem”, conforme d’antes foi apontado, é deveras significativo, o reforço de tal documento, a mercê de compor uma rede protetiva formada pelos textos básicos dos Direitos Humanos<sup>206</sup>.

Na medida em que cada vez mais há opção pela fórmula da normatividade, entendida neste aspecto, como figurativa nos ordenamentos dos povos, tanto doméstico, como internacional, remanescem as indagações: até quando ter-se-á que recorrer a um processo de legalidade para dar legitimidade aos DDHH? De que forma os binômios legalidade *versus* legitimidade dão conta de expressar ou não os problemas atuais e/ou os fundamentos dos DDHH?

---

<sup>206</sup> No âmbito da Organização das Nações Unidas, pertencem a Cartilha dos textos básicos da Carta Internacional dos Direitos Humanos, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é o documento básico primeiro em matéria de Direitos Humanos, mais dois documentos que se destinam a vincular os Estados ao cumprimento dos postulados jurídicos da DUDH: Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo. (HERKENHOFF, 1998, p. 37 e 39).



A resposta sugere a existência de um fenômeno de ordem prática, de expressão da vontade normativa do Estado – de jurisdição nacional ou internacional, de sua soberania frente ao sistema de fontes jurídicas. É sabido que, nas últimas décadas, em questões de Direitos Humanos, não raro, o Estado tem que suportar a discussão da sua supremacia jurídica (legitimidade – pertencente a ordem de quem detém os poderes do controle da tutela jurisdicional) e, conseqüentemente, de enfrentamento da lei (legalidade – produção e recepção normativa no espaço do Estado Constitucional de determinado país). Muitas vezes, as respostas jurídicas do dado caso não de submetem-se a um padrão de legalidade e de legitimidade cujas regras estão fora do espaço nacional<sup>207</sup>, ainda que contidas no arco da legalidade.

A resposta para tais questionamentos longe de declinar uma crítica negativa, tal qual, a crítica de Galhardo (p.38-39) à afirmação de Bobbio (2004, p. 22) no sentido de que os direitos naturais são históricos, nascidos no início da era moderna, com a concepção individualista da sociedade, para lá de pertencer aos registros indicadores do progresso histórico, ao argumento de que tal não se sustenta porque o filósofo John Locke (1632-1704)

---

<sup>207</sup>Um típico exemplo da esfera prática tem-se o Caso Sean Ribeiro Goldman que ganhou repercussão e notoriedade especialmente na véspera do natal/2009 – foi a 7ª matéria mais acessada em 12/2009, com 7.341 acessos. O conflito – a exemplo dos outros 200/duzentos casos que tais que tramitam(ram) perante o STF (dados de 06/2007, conforme registrou o Juiz Federal Jorge Antonio Maurique na época) tem como alvo o seqüestro internacional de uma criança (expressão discutível, a mercê de referir-se a um deslocamento ilegal da criança de seu país, ou “abduction” - inglês, ou “enlèvement”, na versão francesa da Convenção, ou “rapto”, em Portugal). Dois dados reveladores: dentre alguns processos disponibilizados e consultados em razão deste estudo, no site do STF, a pesquisa deparou com um nº significativo de casos onde a mãe figura como ré, quais sejam, nºs 2005.51.01.009792-9/RJ; 2005.43.00002940-4/TO; 2007.61.00018633-4/SP; 2005.51.01.009792-9/RJ; 2006.51.01.000033-1/RJ; 2003.51.01016976-2/RJ; 2005.02.01.012894-8/RJ, além dos autos de nº 2008.51.01.018422-0 e ADPF/172-2, referente ao caso Goldman – aqui citado pela notoriedade (BRASIL, 2009n). A preocupação se justifica, na medida em que, cada vez mais, pela complexidade dos direitos, tanto a mulher com a criança tem requerido cada vez um grau maior de políticas protetivas. Razão esta que confirma e denuncia a prioridade para assuntos desta envergadura e que tem como pano de fundo a Convenção de Haia (BRASIL, 2009e), de 25/10/80, que foi ratificada pelo Brasil em 2000. A preocupação se justifica na medida em que o STF, em 14 jun.2007 noticiou em seu site a criação de um Grupo Permanente de Estudos da Convenção sobre Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, que representa o Brasil junto à Convenção de Haia (BRASIL, 2009e), então coordenado pelo Juiz Federal antes citado. Tudo conforme disponível em <http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=74494&caixaBusca=N> acesso em: 14 jun.2009; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118231> acesso em 28 dez.2009; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118225> acesso em 28.dez.2009u. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/testeTexto/anexo/decisao1.pdf> acesso em 26 out.2009; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118150&caixaBusca=N> acesso em 28 dez.2009v. e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118310&tip=UN> acesso em 02 jan.2010b.

de quem recorre Bobbio para sustentar sua concepção, é um organicista - e não um pensador de matriz individualista, para o qual a igualdade natural dos seres humanos - é a de que todos nascem sem estar submetidos a nenhuma autoridade política.

De outro viés, ao comentar a fórmula do Estado Constitucional como expressão das transformações atuais dos ordenamentos jurídicos democráticos - as quais podem fornecer contexto à indagação - Pérez Luño (2006, p. 52) afirma que a juridicidade não é uma qualidade essencial ou ontológica de determinadas condutas ou direitos, senão o resultado de um processo de atribuição de tal qualidade. Em conclusão o autor aponta que a juridicidade ou antijuridicidade, a licitude ou ilicitude, a validade ou invalidade dos atos jurídicos se apresentam como categorias móveis e oscilantes e que não podem ter suas definições prévias. A juridicidade é uma etiqueta criada por instâncias formalizadoras do controle social ou poderes jurídicos. (idem, ibidem).

Ora se um lado apresenta-se a “etiqueta da juridicidade”, de outro vislumbra-se que a tarefa mais significativa na esfera jurídica não é a sua missão pacificadora, senão a sua missão humanizadora. Como conciliar ou privilegiar ambas é tarefa que os DDHH pauta por descobrir.

Com isto, explica-se de forma razoável que o manejo da legalidade sofre considerações da legitimidade e uma e outra, em conjunto – na esfera dos DDHH – sinalizam por encontrar fundamentos no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, justificando a sua internacionalização.

Conforme indica a lição de Bobbio, cumpre-se, assim, como conclusão das indagações, a importância das relações jurídicas compreendidas na dimensão dos Direitos da pessoa humana, e dos DDHH essencialmente, os quais estão contidas na sua dimensão de tutela protetiva, e não necessariamente de fundamento. (2004, p. 43)<sup>208</sup>.

Os Direitos Humanos foram recepcionados na era contemporânea a partir da compreensão de que suas características evoluíram de um simples direito humano individual, para um direito humano amplo, que abranja interesses difusos, transindividuais e coletivos, sem a exclusão de um em detrimento de outro, mas com o condão de serem complementares. Não é de se desprezar o fato de que a partir da década de 90, os relatórios das Nações Unidas

---

<sup>208</sup> Galhardo (p.38-39) crítica as três teses de Bobbio (2004, p.22) (os direitos naturais são históricos; nascem no início da era moderna, com a concepção individualista da sociedade; tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico, afirmando que os fundamentos dos direitos humanos se encontra nas perspectivas filosóficas e ideológicas e não em processos históricos (2006, p. 39).

têm apresentado tais direitos na dimensão do ser humano, para o ser humano, com o ser humano e pelo ser humano.

Os direitos humanos advêm dos resultados de lutas sociais incessantes por direitos, e, na medida da fórmula atual, os Direitos Humanos apresentam-se associados a aspectos históricos, iniciados na América do Norte e na Europa, que culminaram com a promulgação e assinatura de documentos sinalizadores do construto histórico dos DDHH. Por tal razão, no dizer de Goyard-Fabre (1994, p. 24-25), a compreensão dos direitos humanos passa por um esforço de análise, que desde suas origens históricas, deixou de lado suas fontes intelectuais.

Ao longo dos séculos, pós DUDH, muitas foram as ações públicas e privadas, regras de direito positivo estatal e internacional, senão um conjunto de normas reguladas por uma Constituição ou por conveniências inter ou supra estatais certificadoras de garantias, e que se voltaram para a afirmação dos direitos. (GOYARD-FABRE, 1994, p. 49).

Foi, entretanto com o advento do Tratado de Versalhes em 1919 que a ideia de um direito global, comum, inerente a todos os povos foi difundida internacionalmente, sendo que a Segunda Guerra Mundial foi responsável pela afirmação dos Direitos Humanos, e teve como premissa negar regimes totalitários e promover a prática de democracias voltadas ao respeito pelo homem. (COMPARATO, 1999).

A DUDH, não é fruto de revolução alguma, mas de um momento trágico vivenciado por alguns países, afligidos por múltiplas guerras. Então, mediante fruto de esforço da comunidade internacional, decorreu da compreensão e da consciência humana pós 2ª. Guerra Mundial, a qual também se encarregou de firmar entendimento a respeito dos direitos, incluindo quais direitos deveriam receber proteção. Entretanto, não se pode olvidar que ela é fruto de circunstâncias históricas muito específicas que se reproduziram, com cronologia variável, pela Europa e América, e obteve a consagração necessária aos temas do novo modelo de sociedade, derrubando o antigo regime e instalando os novos temas pertinentes à liberdade, à igualdade, à segurança, garantias processuais, a presunção de inocência, a legalidade do direito penal, a soberania nacional e a participação política. (MORA, 1994, p. 64)

Ora, se na atualidade, é tranqüilo reconhecer que os Direitos Humanos, em sua dimensão de receber proteção direta, também estão a receber promoção, na medida em que é

objeto de preocupação, tanto por parte da ciência, como igualmente da comunidade internacional, através de documentos, ou a inserção no texto constitucional, que recebem apontamentos temáticos diversos, mas em sua essência estão a proteger e indicar o direito à vida como direito humano e direito fundamental e que influem na compreensão do Direito dos povos, quer na esfera doméstica, como na dimensão internacional cooperando para um Direito Comum, pelo “espírito do mercado e pelo espírito dos Direitos do Homem” (Delmas-Marty, 2004, p. 226), no contexto de seu surgimento, e disto o documento é revelador, a Declaração de 1948 padeceu de condicionamentos muito concretos dos quais não se pode fugir.

Com efeito, a Declaração de 1948 está ancorada em uma tradição cultural específica e esta tradição não é outra senão o sistema de valores pertencentes ao mundo capitalista instaurado com as revoluções burguesa, razão pela qual, a declaração pretensamente universal não é senão o ideal jurídico de um setor da humanidade. (MORA, 1994, p. 65).

Outra noção decorrente da influência internacional foi a de que todo indivíduo é dotado de autonomia a qual representa sua liberdade individual. Com tal condão valorizou-se o individualismo que percebe o homem enquanto ser social, independentemente de qualquer variável externa – por exemplo, política, social, e religiosa – é um ser dotado de subjetividade singular que deve ser respeitada. Referida concepção traduz uma questão que é cara aos direitos humanos: o problema tem a ver com a relevância do marco jurídico dentro do qual se inscreve os direitos humanos no ideal de resistência e efetividade (GOYARD-FABRE, 1994, p. 25).

Afinal que questão é esta que busca saber quais perspectivas jurídicas aguardam definição em prol dos direitos humanos e, assim, provocar a síntese de seu ideário e vocação?

O reconhecimento internacional desses acordos, tratados e declarações e sua respectiva positivação dentro do rol de normas de cada país contribuiu para que as violações aos Direitos Humanos fossem incluídas na recepção normativa doméstica, e, se fosse o caso, no elenco da tipicidade criminal, o que possibilitou avanço e maior respeito ao exercício de tais Direitos.

Resultante de construção histórica, movimentos sociais e conseqüentes lutas, o avanço da legitimidade dos Direitos Humanos força a acreditar que o futuro que se lhe apresenta está na dependência da continuação de movimentos e lutas capazes de assegurar sua permanência e, sobretudo, no reconhecimento de sua universalidade, indivisibilidade e

interdependência.<sup>209</sup>

Também,

“é necessário reconhecer que os Direitos Humanos, como a democracia, são construções humanas e poderão existir de acordo com a mobilização e a interferência de todos os seres humanos para concretizá-las. São construtos políticos, fundados em valores e instituições que dependem da ação humana” (GONZÁLEZ, 2006, p.179).

Pode-se afirmar o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: da universalização e na sua multiplicação e a decorrente transformação do direito das “gentes” em direito dos indivíduos, dos indivíduos singulares, os quais adquirem o direito de questionar o seu próprio Estado, e vão se transformando de um Estado particular, em cidadãos do mundo (BOBBIO, 1992, p.68).

Referem-se aos direitos de defesa dos indivíduos, depois em direitos sociais e culturais, e por último os direitos específicos do homem – a solidariedade e a fraternidade e, também em direitos fundamentais à informação, à biotecnologia, à biomedicina, direitos de convivência em uma sociedade (SARLET, 2001, p. 50-55).

Referidos direitos classificados em 1ª, 2ª, 3ª ou 4ª gerações (ou dimensões), conforme já foi neste abordado, referem-se ao conjunto dos direitos do homem, sucessores dos direitos jusnaturalistas, e que, na atualidade, compõem a cartilha dos direitos humanos e a relação dos direitos fundamentais assentados no texto constitucional. (LAFER,1988, p. 127-145; e SARLET, 2001, p. 48-60). No espaço da fraternidade, Fabríz (2009, p. 154) anota que os direitos da terceira dimensão, caracterizam-se por deterem instrumentos de transformação e de emancipação da sociedade e resta posto a prova na medida em que se encontra em processo de franca consagração por parte dos ordenamentos, a mercê de dependerem e demandarem uma orientação da comunidade internacional.

A caracterização dos DDHH está ligada à organização da comunidade política, social, e, histórica, portanto, é problemático atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos.

---

<sup>209</sup> A respeito do conceito de tais expressões, ver notas de nºs 13, 14 e 15 deste trabalho, respectivamente.

Há ainda a distinção clássica de direitos fundamentais *versus* Direitos Humanos, sendo que André Carvalho Ramos ( 2001, p.28) e Franco da Fonseca (1993, p. 488-489), sustentam que a expressão que mais se adequa para designar tais direitos, de natureza subjetiva, seria “direitos fundamentais da pessoa ou direitos essenciais à personalidade”, segundo a referência de que a aquisição desses direitos é a existência do ser humano.

Desta forma tem-se que,

Hoje são considerados “direitos humanos” todos os direitos fundamentais, assim denominados por convenções internacionais ou por normas não-convencionais, quer o conteúdo dos mesmos seja de primeira, segunda ou terceira geração. (RAMOS, 2001, p. 34).

A construção moderna dos Direitos Humanos, propiciada pela cumulação de tratados internacionais e pelo aprimoramento dos mecanismos de monitoramento e promoção, implicou o surgimento de características próprias que informam sua compreensão, direcionando a interpretação de suas normas no sentido de sua máxima efetividade, porém, recorrem a um processo histórico, sem o qual, impossível a sua compreensão.

Peces-Barba Martínez refere que os direitos humanos são um conceito histórico e que podem não ser plenamente compreendidos sem os materiais que a história proporciona (1993, p. 23). Bobbio também sustenta a concepção de que, no plano histórico, a afirmação dos direitos do homem decorre de uma inversão de perspectiva: na representação da relação política – estado/cidadão ou soberano/súditos - cada vez mais decorrente do ponto de vista dos cidadãos não mais súditos e em correspondência com a visão individualista da sociedade. (2004, p.24).

Se a concepção jurídica, normatizada, não contemplasse a construção histórica, certamente muito mais deficitária seria a sua proteção. A Declaração e o Programa de Ação adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, confirma:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais. (BRASIL, 2007)

Afirmar que os direitos humanos são indivisíveis, significa que há dignidade se

todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais. Trata-se de uma característica do conjunto das normas e não de cada direito individualmente considerado.

A concepção universal dos Direitos Humanos decorre da ideia de inerência, e significa que tais direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção fundada em atributos inerente aos seres humanos, ou da posição social que ocupam. Segundo Rodrigo González, “os Direitos Humanos não se tornarão universais somente porque dizemos que são universais. Não serão indivisíveis porque existe uma proclamação que os identifica desta forma” (2006, p.179). Eles serão pelo processo de reconhecimento.

Do mesmo modo, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu primeiro parágrafo, reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo” (BRASIL, 2009j). Referida acepção é representativa da noção de que os direitos inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de sua existência, decorrem do fundamento jusnaturalista racional adotado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É preciso vislumbrar que a constituição do sujeito e do cidadão conduz a uma construção de atores e autores de direitos. O que não é diferente na concepção e fundamentos dos Direitos Humanos, eis que relacionados.

Por isto mesmo, tratados, acordos, leis, declarações e compromissos não são e não foram suficientes para o efetivo respeito ao ser humano, enquanto dotados de carga de direitos individuais *versus* coletivos, muito menos, para o estabelecimento de relações respeitadas e igualitárias, notadamente, as relações mantidas no campo jurídico, o que também, se estende na (re)afirmação dos Direitos Humanos. A posição de vigília e de pronta atividade é fator fundamental para que se mantenha um padrão, um *status* mínimo de projeto de respeito à promoção e proteção de tais direitos. É na trajetória, na história e na própria semântica do conceito dos DDHH que reside a tensão pela busca de sua fundamentação, proteção e paradoxo de seu equilíbrio.

Também é preciso orientar a produção de normatividade dos DDHH para além de uma apreciação da ação do simples agir humano. As circunstâncias e os avanços em que se situam sujeito e objeto, sujeito e sujeito e sujeito e titulares de direitos requerem sejam pensados e ponderados para a aplicação em um quadro social amplo no qual a vocação do Direito Fraternal, no registro de Eligio Resta, tendo despontado timidamente na época das

grandes revoluções, agora retorna (re)propondo as condições que já foram apresentadas no passado (2004, p. 12) mas no contexto que se faz presente na atualidade. Portanto, tendo surgido notadamente na Revolução Francesa<sup>210</sup>, cujas divisas se assentaram na *liberté et égalité*, tendo a *fraternité* permanecido como “outra linguagem, mais religiosa que política” (BOBBIO, 1996, p. 7), é justamente ela que desponta para questionar a cena na modernidade. Assim chegada a fraternidade na hora presente esta se apresenta como método que requer seja aplicado no estabelecimento e construção de pontes que sugerem elos e buscam a intercompreensão e, da mesma forma deitam laços intersubjetivos entre os homens e sobre os direitos que anseiam promoção e proteção, e, da mesma forma, equilíbrio.

De outra forma, nascentes na modernidade, ou minimamente detém uma concepção moderna de tal forma a suportar a ocupação do espaço dos direitos fundamentais na atualidade, e em contrapartida justificadora do legado de Norberto Bobbio. Há ainda um outro aspecto norteador dos DDHH. Neste sentido, há de se ter em conta, a despeito da importância dos Direitos Humanos, estes conservam a sua vinculação com a democracia e a paz, conforme alerta Bobbio (2007, p. 198). Com isto, os problemas dos Direitos do Homem, são os problemas da democracia e da paz. Aliás, “este nexos entre democracia e paz coloca bem em evidência o quanto é importante que os sistemas políticos que deveriam dar vida ao poder comum sejam homogêneos” (BOBBIO, 2007, Introdução, LIV).

Curiosamente há de se indagar de que maneira se entrelaçam o problema da paz (tal qual também advém o problema da guerra), o problema da Democracia e o problema dos direitos, no caso afeitos a dimensão dos DDHH? E, de igual sorte, a questão dos amigos *versus* inimigos, e de como esta amizade e esta inimizade se estabelece e engendra nas relações de sorte a estabelecer relações de não paz e a macular a paz estabelecida? A resposta para tais problemas, de certa forma pode-se dar por muitos caminhos, ou várias perspectivas,

---

<sup>210</sup> Sobre a Revolução Francesa Hannah Arendt observa que “se houve um único evento que rompeu os laços entre o Novo Mundo e os países do velho continente, esse foi a Revolução Francesa” (1988, p. 172). E conclui que o curso da tomada da Bastilha e o colapso da república francesa que levaram ao rompimento dos fortes vínculos políticos e espirituais entre a América e a Europa e a partir do momento em que a revolução tornou-se uma ocorrência comum no seio político de quase todos os países e continentes, a revolução americana fora esquecida, mas as revoluções ocorridas no continente americano falam e agem como se conhecessem os textos das revoluções na França, na Rússia e na China (*idem, ibidem*). Tais anotações são importantes, na medida em que fornecem o contexto para ser analisados os DDHH em face dos principais indicadores do progresso histórico, de que nos fala Bobbio (2004, p. 22) e que será examinado no terceiro capítulo.



mas a certeza, de que delas não há de se separar é a força que as une, dando sustentação e consolidação, é representado pela defesa dos Direitos Humanos e dos ideais democráticos.

Sobre isto é concebível que, mesmo seguindo as recomendações políticas de cunho práticas, uma humanidade altamente organizada e suficientemente abastada do aparato tecnológico, no dizer de Hannah Arendt, amparada pela democracia e por decisão da maioria, vislumbre a possibilidade, para toda a humanidade, no sentido de uma conveniência de liquidar certas partes de si mesma e que conferem uma novidade à vida humana. Tal questão, a mercê de desaperecebida enquanto havia sustentação em uma teologia cristã estável, forneceu à Platão a constatação, consoante revela a autora: “Não o homem, mas um Deus, deve ser a medida de todas as coisas”. Entretanto, é uma das mais antigas perplexidades da filosofia política e, bem pode sinalizar um confirmação irônica, amarga e tardia, tal qual os argumentos de Edmund Burke, de oposição à Declaração dos Direitos do Homem feita pela revolução francesa (1989, p. 332-333).

Essa “nova situação” de que nos alerta Hannah Arendt (2009a) não nos assegura uma nova “condição humana”, isenta do terrorismo, dos regimes anti-democráticos ou das barbáries de que o homem foi capaz de produzir e demandar em face dos seus. Pelo contrário, tornou-se inelutável chegar a conclusão de que, referida nova situação onde a humanidade assumiu um papel antes reservado à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencimento à humanidade haveria de ser garantido pela humanidade. Não há garantia de que que isso seja possível (ARENDR, 1989, p. 332). Talvez seja o caso de repensar as limitações humanas e o que se vê é exatamente o contrário.

De outro, é preciso consentir que o papel que reserva a tessitura da dignidade humana, a despeito de enfrentamento de seus inúmeros riscos e absurdos que se podem deparar, não há óbice em reconhecer a dignidade, porém há um mínimo de dimensão humana a ser traduzida na compreensão de deliberar em torno dessa normatividade e da tarefa de alcançá-la. Portanto, por mais que ela seja reservada ao indivíduo (eu) é no espaço do coletivo, no exercício com o outro que ela vem sendo construída, e de onde acorre, que a dimensão que premia a relação do “amigo” e do “inimigo”, ou do amigo x amigo, e amigo x inimigo, ou inimigo x inimigo, e os inúmeros arranjos que daí ocorrem, são possivelmente

questões caras ao mundo contemporâneo. Sobre estas questões, serão tecidas as considerações que seguem.

#### **4.2.1 A Lei da amizade (Direito Fraternal), a Constituição sem Inimigos (Constituição Amiga) e o “Terceiro Ausente”(Anam Cara!)<sup>211</sup>: sobre as questões fundamentais de nosso tempo.**

Este trecho da pesquisa propõe examinar dois pontos norteadores do Direito Fraternal, quais sejam o código fraternal e a dimensão da Constituição sem Inimigos. Ainda, há um outro aspecto representativo das questões sinalizadoras dos “problemas fundamentais do nosso tempo” e a fórmula que o Estado Constitucional atribui ao Estado Democrático de Direito. Cada um destes pontos presta contributo à tarefa de examinar as “questões fundamentais de nosso tempo” e assim dar sustentação a tarefa de afirmação dos DDHH. Para tanto, a pesquisa pretende apresentar alguns contrapontos no sentido de prestar contributo ao estado dessas três questões. Explica-se cada uma delas, inclusive as questões ditas fundamentais.

Há dois problemas de que nos acusa Bobbio a respeito de serem “fundamentais do nosso tempo”: “o problema dos direitos do homem e o problema da paz” (2009, p. 111). E, mais fundamentais do que os problemas, no sentido de que a sobrevivência do homem depende da solução do problema da paz, é a solução do problema dos direitos do homem que detém a qualidade do único sinal certo de progresso civil<sup>212</sup> (idem, ibidem, p.111).

É útil complementar a lição de Bobbio ali tomada nos idos de 1982 (2009, p. 111), com outra, de setembro de 1987 (2009, p. 139). Para tanto é também importante considerar o

---

<sup>211</sup> Da obra de John O’Donohue, cujo título é o mesmo. *Anam* é a palavra gaélica para alma e *Cara* é a palavra para amigo. Deste modo *Anam Cara* é o amigo da alma. (O’DONOHUE, 2000, p. 31). A expressão é utilizada neste pela pertinência e proximidade que ela guarda com a palavra “amigo”, de onde decorre amizade e fraternidade.

<sup>212</sup> Neste sentido ver o subcapítulo 4.3 Os Indicadores do Progresso Histórico: o vínculo com a concretude dos Direitos Humanos, o qual em síntese confirma que os DDHH tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico. Na opção da pesquisa a tradução para tal aspecto se dá na perspectiva do legado Kantiano - “Há na natureza humana disposições a partir das quais se pode inferir que a espécie progredirá sempre em direção ao melhor, e que o mal dos tempos presentes e passados desaparecerá no bem das épocas futuras” (KANT, s/d, p. 95).

contexto da pergunta, para que, dessa forma, se possa dar conta da dimensão da resposta. Indagado sobre as “características do nosso tempo”, em torno de três aumentos – o aumento incontrolável da população, o aumento incontrolado da degradação, e o incontrolado e insensato aumento do poder destrutivo dos armamentos, e se havia algum sinal positivo entre tantas desventuras, Bobbio afirmou positivamente que havia um: “a crescente importância ao problema do reconhecimento dos direitos do homem” (2009, p. 139).

A despeito da questão dos armamentos, é útil a ilustração, na medida em que com exemplos que tais, possamos louvar a renovação dos DDHH com a possibilidade da fraternidade, herdada da revolução francesa de 1789: a Segunda Guerra Mundial, que durou cinco longos anos de lutas, massacres e perseguições, custaram 50 milhões de mortos. Se a guerra das armas nucleares eclodisse, bastariam somente cinco minutos para dar cabo do mesmo número de vítimas fatais. Se a Terceira Guerra não eclodiu, isto deveu-se tão somente ao exercício do equilíbrio do terror, cuja finalidade é uma só - a tradicional continuação do equilíbrio das potências, considerado o único modo de preservar a paz, sempre provisória e precária. (BOBBIO, 2009, p. 228).

O discurso – e não o diálogo – da guerra decorre de uma justificativa cujo centro é a inversão da doutrina do equilíbrio do terror, na medida em que inverte o valor das armas sob o manto de que a finalidade das armas não é o fim para que foi criada, e sim evitar a guerra, de tal forma que os Estados envolvidos no processo cumprem, em nome do equilíbrio do terror, a seguinte lição da guerra; “armar-se contemporânea e reciprocamente com armas cada vez mais poderosas para ‘impor o medo’”. Com este raciocínio, afirma que as armas deixam de ser instrumentos de guerra e elevam-se a instrumentos de paz. (BOBBIO, 2009, p. 224).

Em outra obra Bobbio complementa a afirmação anterior, revelando que o reconhecimento e a proteção dos homens estão na base das constituições democráticas modernas<sup>213</sup>. E aponta que a paz é o pressuposto para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos fundamentais, quer no interior dos Estados, quer no sistema internacional (1997,

---

<sup>213</sup> Interessante a conjugação firmada pelo STF a respeito de um “modelo” constitucional, tendo em frente a produção nos moldes dos clássicos Documentos Internacionais: "Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul." (CR 8.279-AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-98, Plenário, DJ de 10-8-00). (BRASIL, 2010, p. 30).

p. 164), concluindo que a defesa dos direitos do homem no interior de cada Estado contra os regimes despóticos e na comunidade internacional para a consolidação de um poder forte, mas não opressivo, que se coloca acima das partes, requer o enfrentamento de batalhas que precisam derrotar e eliminar os regimes ditatoriais e, desta forma, ampliar o processo de democratização do sistema internacional (2009, Introdução, LV).

Há um ponto de essencialidade maior nessa constatação, que é a compreensão de que todos os direitos pertencentes ao que convencionaram nominar “direitos de novas gerações”, posteriores ao liberalismo, ao socialismo e pertencentes a atualidade da democracia, no dizer de Bobbio (2007, p. 204), nascem das ameaças do progresso tecnológico contra a vida, a liberdade e a segurança.

Nas afirmativas de Bobbio ora mencionadas há um dado fundamental e revelador que, ao lado do progresso histórico – referido na dinâmica de proteção dos DDHH, têm-se, como pano de fundo, os Direitos do Homem, a Democracia e a Paz (2007, p. 198-199). Saliente-se que neste trabalho a questão da democracia, vincula-se a dimensão do Estado Democrático, e da mesma forma, pela interconexão, também é apresentada ligada as tratativas da temática da paz. Resgare-se neste que a locução Direitos do Homem<sup>214</sup>, até porque se trata de obra traduzida, a referência que cabe é a de sua compreensão na esfera dos Direitos Humanos.

Se a democracia, a paz e os direitos do homem estão a sustentar os DDHH, mormente postulados essenciais de sua fundamentalidade, e que se conectam nos seus objetivos, de tal forma, que “o futuro da paz está estreitamente conectado com o futuro da democracia” e “a melhor garantia para a conservação da paz reside em afirmar o mais amplamente possível os ideais democráticos” (BOBBIO, 2009, introdução, LIV, LV), então

---

<sup>214</sup> Neste sentido, ver nota de nº 10 no primeiro capítulo, a qual registra as prováveis divergências em torno da expressão “direitos do homem” *versus* “Direitos Humanos” tomados na dimensão das declarações, os quais certamente podem ser estendidos para a compreensão aqui instalada dos “direitos do homem”. Assim, Herkenhoff (1998, p. 34-35) confirma que a Declaração é denominada “Declaração Universal dos Direitos do Homem” ou “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (BRASIL, 2009j). Na tradução oficial da língua portuguesa, constam as duas denominações: Direitos Humanos (no título de rosto) e Direitos do Homem (nas menções subsequentes). Com isto, é previsível, que nas traduções oficiais, costumam apresentar as duas formas. São exemplos, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (espanhol); *Universal Declaration of Human Rights* (inglês); *Déclaration Universelle des Droits de l’Homme* (francês); *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo* (em italiano). Pois bem, *Diritti dell’Uomo* (em italiano), não seria equivalente na língua portuguesa aos Direitos Humanos(?). Penso que a resposta é afirmativa.

terá o democrata<sup>215</sup> missão de cabal importância nas relações mútuas entre os povos, de onde decorre a tarefa de velar pela paz<sup>216</sup>, pela democracia<sup>217</sup> e pela proteção dos DDHH.

Da mesma maneira, convém, aqui, alguns apontamentos, não menos importantes, a respeito de acrescer as questões apresentadas com os aspectos jurídico-políticos e, desta forma lançar um mínimo de esclarecimento quanto a concepção dos DDHH frente a fraternidade. Ocorre, na perspectiva do Direito Fraternal, a questão da amizade ocupa uma tônica central, que é traduzida por Resta (2004, p. 19) na compreensão da “Lei da Amizade”. Há justificativa para tanto, e ela vem coroada pela definição de que referida lei “encontra nos processos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo*” (2004, p. 21-22).

Tem-se assim, no fundamento primeiro da dimensão fraterna a construção do arquétipo da “amizade”, segundo o liame social na forma da fraternidade em relação ao “próximo”, ou na compreensão de que a história da amizade política não acabou (RESTA, 2004, p. 34). Mas há ainda um pressuposto de suma importância pela natureza de quem a reconhece. Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (1997) dedica dois capítulos (VIII e IX) a respeito da tônica da amizade (*tracto del amicitia*). Em uma das principais passagens da referida obra (1997) Aristóteles põe-se a pensar sobre a questão, o conteúdo e o sentido da amizade, da *verdadeira amizade*. As reflexões de Aristóteles atravessaram séculos e chegaram a atualidade, permanecendo, nos dias atuais, enquanto fontes e fundamentos para compreensão da amizade.

Aristóteles refere que, as relações amigáveis com seus semelhantes e as marcas pelas quais são definidas as amizades parecem proceder das relações de um homem para consigo mesmo. De outro lado, Aristóteles aquiesce que a virtude e o homem bom parecem ser a medida de todas as classes de coisas. Então, na medida em que cada uma destas

---

<sup>215</sup> O democrata proclama que todos os homens são iguais em direitos. Não conhece o judeu, nem o árabe, nem o negro, nem o burguês, nem o operário: mas tão somente o homem, em todos os tempos, em todos os lugares, parecido a si próprio. (SARTRE, 1978, p.32)

<sup>216</sup> Paz é entendida como a que “não tem a guerra como alternativa”, expressão de Umberto Campagnolo, lema da Sociedade Européia de Cultura (BOBBIO, 2009, LIV), ou “um estado de não guerra, compreendida a guerra como embate violento, contínuo e duradouro entre grupos organizados” (BOBBIO, p. 241).

<sup>217</sup> Entendida como a forma de governo que tem como fim: um pacto de não agressão entre as partes; estabelecimento de regras para a solução de futuras controvérsias, sujeição a um poder comum; o reconhecimento e a efetiva proteção de direitos de liberdade civil e política, que impeça o poder de se tornar despótico (BOBBIO, 2009, p. LIV).

características pertencem ao homem bom em relação a si mesmo, da mesma forma ele irá se relacionar para com o seu amigo como se relacionaria para consigo mesmo (pois o amigo é um outro “eu”). A amizade é também um destes atributos, e que aqueles que possuem estes atributos são amigos. Tais atributos são de pertencimento da maioria dos homens, por mais que deploráveis criaturas. Deve-se então dizer que, na medida em que estão satisfeitos consigo, também empreendem igual trato com os seus (Cap. VIII-IX, 1997)<sup>218</sup>.

As recomendações aristotélicas também são estendidas ao homem mau. E conclui que, diversamente do homem de bem, o homem mau não parece amigavelmente disposto sequer para consigo mesmo, uma vez que nele não existe nada digno de amor. De modo que, ter semelhante índole é ser a mais desgraçada das criaturas. Deve-se envidar todos os esforços para evitar a maldade e procurar ser um bom homem. Assim poderemos ser amigos de nós mesmos e dos outros. (Cap. VIII-IX, 1997)<sup>219</sup>.

Se se der um salto na busca da compreensão da amizade e/ou do amigo, em plena efervescência do Século XX, as portas das circunstâncias vindouras da Segunda Guerra mundial, o seu significado carrega-se exatamente de seu oposto – o inimigo, e, também das muitas situações apresentadas – o dado real e experienciado com a articulação do avanço político<sup>220</sup> em todas as esferas do Estado e da sociedade.

Anota-se, conforme a lição de Schmitt, o conceito de amigo e inimigo, o qual deve ser tomado na expressão de seu sentido concreto e existencial, não seguindo metáforas ou símbolos. Também, não deve ser confundido ou debilitado por conta e em nome de ideais econômicos, morais ou de qualquer outro tipo. Da mesma forma não comporta redução a uma instância psicológica privada e individualista, tomado como expressão de sentimentos ou tendências de ordens privadas. Não é uma oposição normativa ou sequer uma distinção espiritual. É marco de um dilema específico entre espírito e economia, ainda que o liberalismo

---

<sup>218</sup> A obra utilizada, conforme consta das referências é reprodução de um exemplar de 21 de maio do ano de 1509, qual seja, “Reprod. Facs. De la ed. de: Çaragoça: Gorgi Coci, 1509”, e, portanto, inexistente numeração de páginas.

<sup>219</sup> Quanto a não numeração de página, ver nota anterior.

<sup>220</sup> Significativa e digna de nota é a constatação apontada por Schmitt com relação a equação “estatal = político”, a teor de incorreta e imprecisa, induzindo a erro na precisa medida em que o Estado e a Sociedade se interpenetram reciprocamente, na medida em que todas as instâncias que antes eram estatais se voltam enquanto sociais, e vice-versa, o que comporta a produção de uma sociedade organizada democraticamente, razão pela qual os âmbitos antes neutros da religião, cultura, educação, economia, deixam de ser naturais no sentido de não estatais e não políticos, e no surgimento de um Estado total na identidade de Estado e sociedade, e não se desinteressa por nenhum domínio do real, estando disposto a uma potência de abarcar a todos. (2006, p. 53).

intente dissolvê-lo no conceito de inimigo, junto ao econômico - na economia há competidores, onde o mundo moralizado é reduzido a categorias éticas. (2006, p. 58).

Também, em qualquer caso, prossegue Carl Schmitt (2006, p. 58), não importa se é rechaçado ou não o fato dos povos seguirem agrupando-se segundo amigos e/ou inimigos, como igualmente não se trata de épocas com predomínio da barbárie. Também, não se ocupa das esperanças de que algum dia referida distinção desapareça da face da terra, nem de uma possível bondade ou conveniência de fazer e atuar, com fins educativos, como se inimigos não existissem. Não se trata de uma ficção, nem de uma normatividade, senão da realidade ôntica e da possibilidade real desta distinção. Por mais que se possa compartilhar ou não de esperanças e de objetivos pedagógicos, porém não se pode negar que os povos se agrupam em amigos e inimigos, e que esta oposição segue em vigor, e está dada como possibilidade real para todo o povo que exista politicamente.

Inimigo não é, pois, qualquer competidor ou adversário ou um adversário que se detesta por questões de sentimentos ou antipatias. Inimigo é somente um conjunto de homens que inclusive eventualmente, frente a uma possibilidade real, se opõem combativamente a outro conjunto análogo. Somente é inimigo, o inimigo público, pois tudo quanto se faz referência a um conjunto tal de pessoas, em termos mais precisos a um povo inteiro, adquire-se caráter público. Inimigo é, em suma alguém que se nos apresenta hostil, não um inimigo em sentido amplo. A oposição e o antagonismo constitui a mais intensa e extrema de todas as oposições, e qualquer antagonismo concreto se aproxima tanto mais do político quanto maior seja o ponto extremo da distinção entre amigo e inimigo. (SCHMITT, 2006, p. 58-59).

Na verdade, neste ponto Schmitt antevê as condições políticas da guerra, ou já anuncia que está ocorrendo uma preparação para o cumprimento das condições que estarão sendo atendidas logo mais, e que são tratadas na obra em comento, um pouco mais a frente, no ano de 1938 (2006, p. 131), quando a guerra está concretamente sendo instalada, razão pela qual, a expressão amigo e inimigo, conforme se pode antever, estarão sendo colocadas a mercê de sua ligação com os conceitos de guerra.

Assim, preenchidos os requisitos para a guerra enquanto expressão política de uma ação e enquanto uma situação de Estado, o amigo vai ser colocado em oposição ao inimigo que constitui o conceito primário da referência a guerra. Neste ponto, Schmitt ocupa-se da distinção da guerra como ação e da guerra enquanto atuação do Estado. Quando há uma batalha ou uma operação militar, a ação é representativa de hostilidade, e o inimigo é

visivelmente identificado. Diversamente se opera na guerra como ação do Estado, onde, mesmo cessadas as hostilidades abertas e diretas, ou as ações bélicas, a hostilidade se apresenta, a toda evidência, como pressuposto do Estado de guerra. A idéia é a de que uma guerra pode dominar um e outro, seja a guerra como ação, seja como Estado. Mas nenhuma guerra pode esgotar-se em uma simples ação imediata, da mesma maneira que não pode manter-se indefinidamente o Estado sem ação (2006, p. 131).

Qual seja, o amigo que se estabelece na noção da fraternidade, da amizade e na compreensão do que mais tarde vai ser recepcionado na conotação do Direito Fraternal, perde a vez e o lugar, e é novamente empurrado para outros espaços, provavelmente, das relações de amizade, onde nunca desapareceu, ou restará localizada em algumas comunidades interiores e o cenário político, da constituição sem inimigos, que é a constituição amiga, constituída essencialmente pelos “Código Fraternal” de que nos socorre Resta (2004, p. 34), sendo tomada pelas “vidas rigorosamente privadas e ciumentamente protegidas, longe dos olhos indiscretos da *agorá*”.

Mais que isto, desmanchada a ilusão de que poderia ser o elo espontâneo de uma comunidade, e diante de uma cidade que interiorizou a inimidade, a amizade deixa a cena pública e a Constituição Inimiga, e não a Constituição Amiga, adentra os espaços da politização. A (Ini)(a)mizade política redimensiona-se enquanto categoria comunitária e, no dizer de Resta a comunidade política será o logradouro no qual o inimigo, por convenção, não é mais interno, mas externo. O inimigo interno é o criminoso ou o opositor político (2004, p. 34) e há um “contrato natural” da banalização de um constituir inimigo, cuja lei é a constituição inimiga.

Nesse mundo prevalente de ícones da violência e do “inimigo” não há lugar para a constituição amiga, e mais uma vez o código moderno, qual seja o código da revolução francesa, que duplamente conheceu a fraternidade – primeiro porque assentada no espaço da amizade, em um modelo de direitos de irmãos, depois porque esta faz sua manutenção no lema da revolução, razão porque, descobre nas constituições nascentes a sua formulação jurídico-política – “despacha” a tradição da fraternidade nas constituições, “generalizando a força que vence ou a maioria que a sustenta” (RESTA, 2004, p. 36).



A fórmula típica da teologia jurídica, a despeito da qual muitas críticas vão ser suscitadas e sustentadas, vai encontrar na teoria de Carl Schmitt<sup>221</sup> o berço necessário para, senão a criação, a disseminação do inimigo, e por tabela, o estabelecimento da constituição inimiga. Segundo seu legado “amigo e inimigo” possui uma estrutura linguística e lógica diferente, dependendo das línguas e dos grupos linguísticos a que pertença. Na língua alemã “amigo” é o que pertence ao mesmo tronco familiar, é o amigo de sangue, parente, ainda que decorrente de matrimônio, ou por juramento de irmandade e revela que, na contemporaneidade, o conceito de amigo, típico do Século XIX, estendeu-se a atualidade, como resultado do “pietismo”, na busca do “amigo de Deus” ou “amigo da alma”, razão porque a amizade fora reservada a instância privada de sentimentos de simpatia. (SCHMITT, 2006, p. 133).

Carl Schmitt continua a listar o surgimento e o estabelecimento das várias lexias do amigo e inimigo, quais sejam: *Feind* é inimigo em alemão, e tem relação com *fijan*, tem relação com odiar, que significa “o que odeia”, qual seja, *Feind* é aquele contra qual se inicia uma *Fehde*, uma disputa, querela, contenda. *Feind* e *Fehde* estão juntas desde o princípio, sendo que *Fehde* designa o estado de quem se expôs a uma inimizade ou a morte, razão porque avança até chegar ao sentido de adversário. Em outras línguas, inimigo é simplesmente o não amigo, enquanto que na língua romana, o conceito de “hostis” converteu-se em questão política do “amicus-inimicus, amico-nemico”. Nas línguas eslavas, o inimigo é também o não amigo. Em inglês a expressão “enemy” caiu em desuso. Em sânscrito, “amitra” quer dizer não amigo, que é igual a inimigo. (SCHMITT, 2006, p. 133-134).

Há ainda uma conclusão que convém anotar, quanto a referência de Schmitt: onde há guerra e hostilidade, constituem-se processos ou manifestações no sentido de que o que não é guerra pode ser paz, e todo que não é inimigo pode ser amigo. O inverso também se dá. Onde a paz e a amizade são lógicas e naturais, o que se antevê, o que não é paz, pode ser guerra, e tudo o que não é amizade, pode ser inimizade e por idênticas razões, o amigo é o não inimigo e o Estado amigo é o Estado em que não se em guerra. (2006, p. 134)

A despeito do que possa enfrentar na atualidade as citações de Carl Schmitt, interessa neste as citações schmittianas na medida em que reveladoras das implicações que advêm da conceitualização do amigo e inimigo que se aproxima do conceito de guerra,

---

<sup>221</sup> Bobbio anota que o pensamento de Schmitt introduz uma concepção dualística da política, qual seja, a posição de amigo ou a posição de inimigo (2009, p. 287).

principalmente quando se descobre que este conceito adveio da compreensão de que a tomada de ação para uma construção do agir, enquanto expressão de ação individual e do Estado são tomadas paulatinamente, e quando se vê, vindo não sei de onde, a guerra é traduzida pela linguagem da “guerra justa”. Se levarmos a sério que estas mudanças na atualidade alcançaram uma velocidade ímpar<sup>222</sup>, um acontecimento tal que, dependendo dos interesses atingidos, pode-se desencadear uma guerra - nos moldes modernos - com coincidência de fatos e de ação do Estado, o que é diferente, da constatação dos veteranos da guerra de 1914, onde fora frequente a seguinte expressão, de que nos socorre Schmitt (2006, p. 132) – “*se precipitaron a la guerra de um traspiés*”<sup>223</sup>. Dificilmente, um acontecimento e uma predisposição, na atualidade, ocupam espaços distintos na agenda política do Estado e de ação da sociedade.

De outro lado, a relação amigo-inimigo comporta um fim natural conforme alerta Bobbio, que é a vitória de um sobre o outro, o que explica a disputa em direção a um poderio cada vez maior, segundo uma escalada de poder em busca de uma potência e perfeição da ofensividade da arma de tal forma que seu fim, já se antevê – a arma absoluta, qual seja uma arma omnidestruidora e ao mesmo tempo indestrutível e invulnerável. (2009, p. 265)

Munido desta perspectiva é que nos socorre afirmar que as pequenas ações descompromissadas, no espaço da amizade tem grande valor para a manutenção de ações enquanto pretensão de última finalidade do estabelecimento da paz e se esta tem influência

---

<sup>222</sup> A narrativa do progresso nos transportes de que nos remete Toffler (1980, p. 34-35), fornece um excelente exemplo do desdobramento da velocidade, sinalizando a dimensão que ela se coloca na realidade dos acontecimentos contemporâneos: [...] no ano de 6000 a.C o transporte mais rápido e disponível para o homem atravessar longas distancias era a caravana de camelos, que se movimentava a uma média de 12 quilômetros por hora. Não foi senão por volta de 1600 a.C., quando se inventou a carroça, que a velocidade máxima subiu aproximadamente uns 30 quilômetros por hora. Esta invenção foi tão impressionante, e este limite de velocidade tão difícil de ser superado que, aproximadamente 3.500 anos mais tarde, quando a primeira diligência postal entrou em operação na Inglaterra, em 1784, sua velocidade média era de uns míseros 15 quilômetros por hora. A primeira locomotiva a motor, introduzida em 1825, podia alcançar uma velocidade máxima de apenas 18 quilômetros por hora e os maiores navios da época se esforçavam pelos mares a menos de metade dessa velocidade. Não foi provavelmente senão por volta de 1880 que o homem, com a ajuda de uma locomotiva a vapor mais avançada, conseguiu atingir a velocidade de 160 quilômetros por hora. A raça humana levou milhões de anos para atingir esse recorde. Mas foram necessários apenas 58 anos, no entanto, para quadruplicar o limite, de forma que por volta de 1938 o homem, com seus aviões, estava batendo o limite de 650 quilômetros por hora. Foi necessário ainda um simples piscar de olhos de 20 anos para dobrar novamente esse limite. E nos anos 60 os foguetes chegaram a velocidade de 6.500 quilômetros por hora, enquanto homens em cápsulas especiais circundavam a Terra a cerca de 30.000 quilômetros por hora. Transportada para um gráfico, a linha que representava o progresso durante a última geração subiria verticalmente até ultrapassar os limites da página. (TOFFLER, 1980, p. 34-35)

<sup>223</sup> O Estudo fez opção de manter a citação, qual consta da obra (2006, p. 131) – ver referências, a mercê de traduzida e por conta de evitar dubiedade de entendimento.

nos Direitos Humanos, sendo ambos representativos da questão fundamental dos problemas da contemporaneidade, conforme revela Bobbio (2009, p. 111), convém dar ao conjunto de ações que tais, não uma simples missão protocolar estatal ou ocupação de um item na agenda política nacional e internacional, mas uma vigilância que se espera de todos.

Justamente por isso que se espera um mínimo de desvelo, na dimensão do pertencimento dos espaços democrático, a teor de que somada a paz no esforço de dar garantia aos Direitos Humanos, se dê também atenção para o compromisso de guarda para a Constituição<sup>224</sup> na compreensão de abarcar a compreensão da tônica da maioria, que é cara ao princípio da Democracia. Sobre isto há muito a ser dito, mas é razoável algumas inferências.

Bobbio, com base no princípio da maioria, define a democracia enquanto “conjunto de regras que permitem solucionar os conflitos de interesses e também de princípios entre muitos sujeitos sem que seja necessário recorrer ao uso da força recíproca. (2009, p. 247). Referido conceito de democracia muito se aproxima das características dos movimentos que têm na sua base a não-violência, de cuja doutrina Gandhi é um dos expoentes. Esta é a razão pela qual Bobbio nos fala de uma sociedade democrática e não violenta: “porque a característica da democracia é propriamente o uso da não-violência e o recurso ao compromisso para resolver os conflitos sociais” (2009, p. 197).

A respeito da questão da maioria, na perspectiva em que ocupa o espaço da discussão do fortalecimento democrático na cena contemporânea, convém lembrar que a cena da maioria, na concepção kelseniana (1973), era um instrumento para a realização da idéia da democracia. Schmitt (2007)<sup>225</sup>, só a compreendia pelo viés da igualdade, enquanto instrumento estabelecedor da própria igualdade e, portanto, ensejador da democracia. Curiosamente, ambos partiram de pontos de saída diferentes, mas chegaram ao mesmo resultado enquanto pertencimento da jurisdição constitucional. Justiça seja feita. A Guarda da Constituição Kelseniana abriga o espaço da “jurisdição constitucional e democracia”, a de

---

<sup>224</sup> A respeito da guarda constitucional, assim anotou o STF: [...] A função de guarda da Constituição, por certo, não possui alcance tal a legitimar que a Corte Constitucional assumira função política própria do Poder Legislativo. Essa interpretação afigura-se ademais, consentânea com o princípio da divisão de poderes e com uma das dimensões do princípio democrático, qual seja o princípio da maioria. É evidente que não se está a invocar, aqui, o princípio da maioria com aquele alcance amplíssimo que, em outras épocas, fundamentava posições contrárias à própria jurisdição constitucional. Mas também é certo que o princípio da maioria não deixou de possuir relevância para a limitação dos poderes do juiz constitucional. (2008, p. 93). (Voto-Vista do Ministro Gilmar Mendes, trecho anotado, conforme MC na ADIN 2648-CE. Repte.: Associação dos Magistrados Brasileiros; Reqdo.: Governador do Estado do Ceará e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. p. 82-99).

<sup>225</sup> Na obra “O Guardião da Constituição”, Schmitt aponta que a jurisdição estatal e constitucional é expressão de transformar a Constituição em um contrato (acordo) constitucional. (2007, p. 88)

Schmittiana, a “jurisdição constitucional e política” e, ambos, ocupam o mesmo espaço, o da jurisdição constitucional e o poder (do Estado ou da Norma fundamental), acaba sendo a mesma flagrante história de defesa da democracia (ou não seria, o seu estabelecimento?).

A Constituição sem inimigos abrange a Constituição amiga? Para que se possa obter uma resposta à indagação, primeiro é necessário apresentar uma brevíssima noção de Constituição. Para Kelsen, a despeito das muitas mudanças enfrentadas, “a noção de Constituição conservou um núcleo permanente” (2003, p. 130), representativo do “fundamento da ordem estatal” (2003, p. 131), qual seja, a idéia de um princípio supremo o qual determina a ordem estatal e a comunidade constituída por tal ordem. A Constituição é sempre o fundamento do Estado e a base da ordem jurídica. O que se entende desde sempre por Constituição representa um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas. É a norma que rege a elaboração das leis e das normas gerais e em sua execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. A regra para a criação das normas jurídicas que são essenciais ao Estado e a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação dão conta da Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. (KELSEN, 2003, p. 131).

Também, na lição kelseniana, a noção de Constituição não decorre somente da compreensão de um conjunto de formas normativas, mas também se apresenta como a expressão de um estado de desenvolvimento cultural, segundo uma concepção de representação cultural de um determinado povo e como o espelho de seu próprio legado cultural e o fundamento de suas aspirações e projetos futuros. A dimensão cultural das constituições, portanto, decorre do seu entendimento de equivalência a “algo vivo”, segundo uma realidade conformada pelos intérpretes (2003, p. 131).

Sendo assim, tanto as recomendações aristotélicas para a amizade, ainda que no contexto histórico de quem as apontou e viveu, parecem ser pronunciadas na dimensão contemporânea. Com isto, pretende-se dizer que, a mesma concepção de amizade, reproduzida no contexto do Século XX, ainda que com os valores Schmittiano do amigo e inimigo, nos dias atuais segue sendo uma relação de fraternidade, tal qual. É com esta mesma tônica que ela se estabelece na atualidade do Século XXI e é tomada enquanto valor fundante do Direito Fraternal. Resta alerta que, enquanto o imperativo do amor pode ser dirigido ao próximo generalizado (2004, p. 33), a amizade tem um alvo, o amigo, ou os poucos amigos.

Não é só isto, em ambas há o dom, no dizer de Resta (*idem, ibidem*), de “desenvolver a função de uma relação moralmente orientada”.

Prestados os esclarecimentos a despeito da direção matriz deste ponto da pesquisa, a partir de agora, tenta-se prestar contribuição ao arquétipo de distribuição social em que essas questões são colocadas na dinâmica de sua distribuição na sociedade e na organização política do assentamento das relações do homem. Contudo, o êxito das respostas depende em boa parte do trabalho de (re)organização dos DDHH que tece e recria dia-a-dia a rede de promoção e de proteção de tais direitos objetivando evitar que possam ser traduzidos pela conotação ensejadora da violação dos DDHH que é o viés indesejado dessa história. Passamos aos comentários.

Com a afirmação anterior – violação dos Direitos Humanos - não se está a afirmar que a justificativa para tanto se prende a simplesmente evitar a “violação dos Direitos Humanos”, e por tal tarefa tudo se justifica. Não é bem isto. Convém refletir, se não é dada a validade da DUDH(1948) (BRASIL, 2009j), que é simbólica de acordo mútuo, pacto maior em prol de toda a humanidade, e, bem por isto, o mais alto documento de representação da promoção e proteção dos Direitos Humanos, todos os esforços anteriores nesse sentido podem ter sido inúteis, a não ser pelo exemplo, e, taxativamente, não foram.

Sobre esse enfrentamento, qual seja a despeito de situações ditas violadoras dos Direitos Humanos, aqui incluídos os crimes contra os Direitos Humanos, especialidade de muitas situações políticas arbitrárias, Hannah Arendt assevera que, diversamente das tentativas humanitárias das organizações internacionais, por mais e melhor intencionadas que estejam ao formular novas declarações dos direitos humanos, é preciso compreender que essa ideia transcende a dimensão da lei internacional, que funciona em termos de acordos e tratados recíprocos firmados entre Estados soberanos. Por enquanto, não existe uma esfera superior às nações e o dilema não seria resolvido pela criação de um “governo mundial” e há motivos para suspeitar que ele seria muito diferente daquele que é promovido por organizações idealistas (1989, p.332).

De outro lado, e pertencente a mesma matriz, não há de se escusar que os crimes perpetrados contra os direitos humanos, de que todos os regimes totalitários, ditatoriais ou de exceção foram exímios artífices, e os praticaram com tamanha capacidade que puderam, inexoravelmente,

[...] justificar-se pela desculpa de que o direito equivale ao que é bom ou útil para um todo, em contraste com as suas partes. (O lema de Hitler, de que “o direito é aquilo que é bom para o alemão”, é apenas a forma vulgar de uma concepção da lei que pode ser encontrada em toda parte e que, na prática, só não permanecerá eficaz se as tradições mais antigas, ainda em vigor nas constituições, o evitarem). [...] E essa situação de forma alguma se resolverá pelo fato de ser a humanidade a unidade à qual se aplica o que é “bom”. (ARENDDT, 1989, p. 332).

Seria ainda nada prudente, por mais que se faça acolhida à serenidade - e não é por acaso que Bobbio sobre ela teceu um de seus ensaios (Elogio à Serenidade)<sup>226</sup>, ao que é considerada uma “virtude fraca”, porém “não é a virtude dos fracos” (2002, p. 13) – enaltecer um pragmatismo *topos*<sup>227</sup>, “sem eira e nem beira”, de quanto mais alto o desenvolvimento da civilização, tanto mais é possível uma existência voltada para os valores da fraternidade, ou ainda que seja dado retomar o curso da história, resgatando os direitos naturais enquanto valores primeiros, ou mesmo o estabelecimento de uma vida simples, tanto mais estar-se-ia amparando os valores da boa medida de todas as coisas. A história, entretanto, revela situação bem adversa.

Tomemos como exemplo uma indagação de Bobbio, objetivando exemplificar a afirmação anterior: “a paz tem um futuro?” A pergunta, colocada de tal forma que condiciona a paz como bem, e desta maneira, destaca a guerra como um mal. Ademais, que a eliminação da guerra seja algo desejável, implica valorar a paz, ficando esta no pressuposto de um bem. Porém, basta pensar na conotação da guerra justa e da guerra injusta para se ter a certeza que o problema pode deter muitas outras considerações, posto que, se há uma guerra justa, a paz seria injusta, neste caso. (2009, p. 243).

De outro lado sabemos que estamos em uma encruzilhada, de onde decorre que a “paz hoje é tanto necessária quanto impossível”. Mas este também é um longo debate que serve para muitas explicações. Uma inexplicável: 95% dos armamentos nucleares poderiam ser eliminados dos Estados Unidos e da Rússia, e isto não alteraria minimamente o equilíbrio de nenhum dos dois lados, razão pela qual, “todas as condições que poderiam torná-la possível” não se apresentaram. Portanto, “a paz é possível apenas entre dois sujeitos que não se considerem respectivamente inimigos” (BOBBIO, 2009, p. 244-245). Ora, não está aqui o começo para a paz?

A despeito das não-condições que poderiam torná-la possível, a lição de Hannah

---

<sup>226</sup> Do título original: *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, e conforme traduzido no Brasil, Elogio da Serenidade e outros escritos morais. São Paulo: UNESP, 2002.

<sup>227</sup> Lugar comum.

Arendt é inescusável na medida em que reveladora da constatação de tal situação: os sobreviventes dos campos de extermínio, os internados nos campos de concentração e de refugiados<sup>228</sup>, e até os relativamente afortunados apátridas<sup>229</sup>, puderam ver que a qualidade de serem unicamente humanos era representativa do maior risco que corriam. Por conta de tal qualidade, foram considerados inferiores e, no temor de serem considerados animais, insistiram na sua nacionalidade, como último vestígio de sua cidadania, como o último laço que os ligariam a humanidade, razão pela qual, do descrédito que dedicavam aos direitos naturais e a sua preferência aos direitos nacionais, somente lhes restou a compreensão de que os direitos naturais são reservados até aos selvagens. Ademais, sob a perspectiva de que os

---

<sup>228</sup> Sobre a questão do(s) refugiado(s), digna de realce, tem-se o recente julgado, que decidiu questão que ganhou inúmeros destaques na imprensa, eis que, conforme lembra Heidegger (2007, p. 44), os eventos só se tornam grandes por meio de um eco, o eco dos jornais: "Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de extradição executória formulado pelo Governo da Itália contra nacional italiano condenado à pena de prisão perpétua pela prática de quatro homicídios naquele país – v. Informativos 558 e 567. Prevaleceu o voto do Min. Cezar Peluso, relator, que, após reconhecer a ilegalidade do ato de concessão de refúgio ao extraditando, entendeu que os crimes a ele atribuídos teriam natureza comum, e não política, os quais não estariam prescritos, considerando atendidos os demais requisitos previstos na Lei 6.815/80 e no tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Itália." (Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-11-09, Plenário, Informativo 568). "O Min. Cezar Peluso, relator, deferiu a extradição, sob a condição formal de comutação da pena perpétua por privativa de liberdade por tempo não superior a trinta anos, e, em consequência, julgou prejudicado o mandado de segurança julgado em conjunto. Examinou, de início, questão preliminar ao pedido de extradição diante da concessão do *status* de refugiado ao extraditando pelo Ministro da Justiça, concluindo pela ilegalidade e pela ineficácia desse ato. Asseverou que, não obstante a Corte, em princípio e incidentalmente, houvesse declarado, no julgamento da Ext 1.008/Governo da Colômbia (DJE de 17.8.2007), a constitucionalidade do art. 33 da Lei 9.474/97 (...), e independentemente da estima do acerto, ou não, dessa decisão, destacou que ficariam por esclarecer as condições em que a outorga de refúgio extinguiria o processo de extradição. No ponto, ressaltou que, apesar de reconhecido, naquele julgado, o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio, revendo os termos e o alcance da lei, à luz sistêmica da ordem jurídica, aduziu que tal afirmação não poderia ser entendida em acepção demasiado estrita, nem que o fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o país nas relações internacionais, lhe subtrairia, de forma absoluta, os respectivos atos jurídico-administrativos ao ordinário controle jurisdicional de legalidade (*judicial review*). [...]. (Anotado parcialmente, em razão do tamanho). (Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 9-9-09, Plenário, Informativo 558). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>, Acesso em: 10 fev. 2010. (BRASIL, 2010j).

<sup>229</sup> O STF a respeito da cooperação internacional frente a violação de direitos fundamentais de súdito estrangeiro, assim decidiu "A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a *l'he* é inerente como pessoa humana e que *l'he* confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que *l'he* rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II)." (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-96, Plenário, *DJ* de 6-4-01). (BRASIL, 2010, p. 28).

selvagens não têm no que se apoiar, a não ser no fato mínimo de sua origem humana, de onde decorre que as pessoas se apegam a sua respectiva nacionalidade quando perdem os direitos e a proteção que essa nacionalidade lhes ofertou no passado. É essa única “herança vinculada” que lhes atesta o pertencimento ao mundo civilizado (1989, p. 333-334).

Essa existência humana, circunstancialmente decisiva do destino humano e reveladora da humanidade, por mais simples que se apresente, a qual, conforme observa Arendt, é misteriosamente concedida por nascimento, que inclui o corpo e os talentos, e que só pode ser aceita pela amizade e simpatia ou pela grande e incalculável graça do amor que diz, tal qual santo Agostinho, *quero que sejas*, sem oferecer qualquer outro motivo (1989, p. 334).

Aproveita-se aqui o trecho arendtiano para ressaltar a importância da matriz fraternal, introduzida por Arendt (*idem, ibidem*) sob o viés da amizade, da simpatia e da graça do amor. Por oportuno anota-se outro ponto de compreensão em torno da concepção dos DDHH e o reconhecimento de que sua origem provém da Revolução Francesa, no dizer de Juan Urrutia (1994, p. 242), do lema da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, a qual busca reconciliar três universos simbólicos: a *Matria*, reino da igualdade correspondente a um coletivo primogênito; a *Patria*, reino da liberdade que somente pode ser concebido de uma maneira individual, ainda que tutelada pelo Estado e, por último, a *Fratria*, que corresponde o papel mediador entre a liberdade e a igualdade.

Em ambas as referências os Direitos Humanos são tomados na perspectiva da fraternidade, e dão conta dos seguintes aspectos, enumerados aleatoriamente, quais sejam, a confiança mútua e o asseguramento entre os povos; o reconhecimento de direitos, ou da mesma base jurídica, dos quais os Direitos Humanos são representativos, a mercê de compor um quadro de representação de direitos que são comuns a todos; o gosto de estar juntos, significativo do esforço comum pelo desenvolvimento, que pode inclusive ser representado, neste caso, pela solidariedade<sup>230</sup>; a igualdade de oportunidades mútuas; e, por último, a existência de um mínimo de equilíbrio nas relações que são ditas e celebradas no acolhimento da fraternidade.

Referida compreensão, embora pertencente ao reconhecimento de que “a

---

<sup>230</sup> A expressão é utilizada aqui de forma singela, enquanto sinônima e ilustradora de bondade, compaixão, sem preocupação com a distinção do Direito da Solidariedade e, por reconhecer, enquanto resultado da pesquisa, que a doutrina tem registrado tais palavras como sinônimas, embora historicamente não há justificativa para tanto.



*Declaração Universal* representa a máxima consciência a que o homem chegou até agora, no âmbito jurídico político, em relação à substancial unidade do gênero humano” (BOBBIO, 2009, p. 97), embora vivenciada sob a dimensão de um processo, do qual tomou parte uma assembleia quase universal, mas ainda não experienciada na prática das relações humanas, ou se dado a conhecer, como de fato ocorreu, o seu fim ainda não é um dado enfrentado pela dimensão histórica, razão pela qual a expressão “Direitos Humanos” no contexto do Direito Fraternal, requer ser melhor vivenciada no espaço da fraternidade e do estabelecimento de relações que não de se assentar nos fundamentos do Direito Fraternal.

Poder-se-ia indagar qual é a perda de não entrar neste jogo, ou de se ausentar deste. Provavelmente a não ser por sua opção, não conheceremos os resultados. Frente a uma situação tão nova como esta, é inegável o desconhecimento de seus marcos, de suas boas coisas, de se fazer e celebrar um Estado Constituinte de Fraternidade. Entretanto, os efeitos da não escolha, já podem ser sentidos no mundo das relações estabelecidas ou por estabelecer, quais sejam,

Ocorre que, com esta situação de indeterminação e indiferenciação entre regra e exceção, e mais especificamente diante da possibilidade de a exceção se tornar a regra, é que ocorrem as maiores violações de direitos, especialmente quando se proclama continuamente, um estado de guerra, tanto no plano externo quanto interno (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 166).

E, também,

A legitimação de ações bélicas é possível ser percebida com as constantes denúncias do chamado “totalitarismo religioso” do Islã ou mesmo do terrorismo (principalmente depois de 11 de setembro de 2001), bem como, no caso brasileiro, com o “bombardeio” de informações sobre a maximização do aumento da violência e sua conseqüente necessidade de combatê-la (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 166).

Portanto, a esse perpétuo e sempre intransigente estado de guerra impõe-se um constante reforço da necessidade de segurança global, uma imperiosa vinculação pela criação dos inimigos comuns – tráfico ilícito de drogas, armas e terrorismo – e a multiplicação de atos violentos, possibilitando a introdução de mecanismos de exploração econômica e política e de controle, em prol da necessidade de manutenção da ordem global, sem o que seriam difíceis a segurança, a disciplina e o controle. (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 167-168).

Desta maneira, enquanto durar a relação do amigo e inimigo, em torno do qual somente interessa a vitória, a paz continuará uma figura da lição de Bobbio, necessária, mas impossível (2009, p. 243), e a guerra, um meio, odioso e cruel, de combate favorável a paz, que persiste na história humana apesar dos esforços da DUDH (BRASIL, 2009j): “Nós os

povos das Nações Unidas, estamos decididos a salvar as futuras gerações do flagelo da guerra que por duas vezes no decorrer desta geração levou indizíveis aflições à humanidade”<sup>231</sup>.

Transcorridos seis décadas, ainda nos deparamos com a mesma encruzilhada da indecisão – entre a paz ou a guerra, mortes, amigos, inimigos (...). Isto, sem entrar no mérito da questão que decorre de outras maneiras insidiosas de violência, cuja atuação baseia-se no simulacro da proteção e promoção de direitos, tais como o arremedo por trás do controle das massas, e de um aparelho tal de observação, escondido sob o viés da segurança<sup>232</sup> a qualquer preço, e por mais que não caiba neste a discussão, mas serve para nos munir da certeza da complexidade que a temática da guerra ocupa na atualidade, e, cujo sentido, a guerra fria é tão somente um exemplo, talvez um bom exemplo, para tornar os indivíduos dóceis<sup>233</sup>, moles, flexíveis e estruturados o suficiente para que, convenientemente sejam abertos os espaços de guerra e neles, nas criaturas estruturadas, sejam depositadas os marcos da violência, sem consciência de si e do “outro”.

Cabem aqui muitas perguntas. Talvez possam ser resumidas em dois grupos: “Quem Custodia os custódios?” ou “Quem controla os controladores?” de que nos indaga Bobbio (1986, p. 31), ou até mesmo “Quem controla os ordenadores?”, os quais historicamente foram os censitores dos impostos e dos governos, e, afinal, quem é o “outro” ou quem é ou como é o terceiro ausente? Prestando tributo a Bobbio, e porque estamos na seara dos DDHH, onde o sentido de proteção e de promoção insere-se nos conflitos que ocorrem entre indivíduos e grupos, Estados e Países, as relações que daí decorrem, via de regra o são na perspectiva de dois lados, por isto, diádicas, para recorrer ao clássico schmittiano, do amigo *versus* inimigo. Entretanto, um seu discípulo, Julien Freund, conforme refere Bobbio, avançou na sua pesquisa e “introduziu a iluminadora distinção entre duas situações ideais típicas, a do “Terceiro Excluído”, que denomina “estado polêmico” e a do

---

<sup>231</sup> O contexto da Declaração refere a duas guerras. Ora, é paradoxal constatar, conforme nos alerta Bobbio, que “nestes anos eclodiram mais de 400 conflitos, entre guerras externas, guerras internas, golpes de Estado, para soluções dos quais os contendores recorreram ao uso da força. As grandes áreas de conflito foram a Europa, o Oriente Médio, a Ásia e o Extremo Oriente, a África e a América Latina. O mundo todo, com exceção da América do Norte e da Austrália. Desses conflitos, alguns foram extremamente sangrentos, como a guerra do Vietnã, e, embora sangrentos, tais conflitos ainda estão em curso agora, e seu espetáculo de ferocidade pode ser visto em nossas casas”. (2009, p. 227-228).

<sup>232</sup> A palavra segurança, ao lado de *seguridad* da língua espanhola, têm a mesma matriz, o que também acontece com *security*, do inglês. Na língua portuguesa, entretanto, são adotadas as duas palavras com sentidos bem diferentes e a matrizes políticas também diversas. Na DUDH (BRASIL, 2009j), na tradução da língua portuguesa, tem nos artigos III e XXV referência expressa à segurança. Parece que há confusão de sentidos.

<sup>233</sup> A obra de Foucault (1996, p. 207) é rica na referência aos indivíduos com mentes dóceis e corpos úteis.

“Terceiro incluído, à qual deu o nome de “estado agonístico” (2009, p.288). Há ainda de se completar tal dinâmica, na expressão do ser, ou do indivíduo que se coloca no espaço social e, como tal, é expressão do conjunto que irá formar a massa, a população ou o contingente de indivíduos a mercê de direitos, que se apresentam em “direção ao melhor” conforme a fórmula kantiana e no espaço de um Estado formulador da promessa não cumprida (BOBBIO, 1986, p. 31).

Para que possamos melhor compreender a situação do Terceiro, na linguagem de Bobbio, marco teórico neste estudo, será preciso apresentar o contexto dos Direitos Humanos na cena atual. Recorre-se a uma ilustração, um exemplo, objetivando dar sustentação à questão:

[...] parcela da história do homem (da natureza, com maior razão) que está na escuridão é bem mais ampla do que aquela que está na claridade.

Mas não posso negar que uma face iluminada tenha aparecido de vez em quando, ainda que por curto período. Mesmo hoje, quando todo o percurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz, as quais o mais convicto pessimista não pode deixar de reconhecer: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que antigamente acompanhavam a pena de morte, e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, junto dos movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, pelo reconhecimento, pela proteção dos direitos do homem. (BOBBIO, 2009, p. 146)

Onde então são encontrados o Terceiro Excluído e o Terceiro Incluído? Bobbio fornece as devidas considerações a respeito. A sociedade interestatal está ainda hoje no estado polêmico, a intraestatal já está estavel, a não ser pelas crises revolucionárias que vão se colocar no estado agonístico. Na interestatal os conflitos são solucionados em última instância com a vitória de uma parte. Na intraestatal, a presença de um terceiro permite soluções pactuadas e pacíficas dos conflitos e, se não solucionados levam o estado agonístico a condição de estado polêmico (2009, p. 288), do qual se antevê como última medida, a mais radical forma de violência manifesta no mundo na dinâmica de grupos, que é a instalação da guerra.

O verdadeiro Terceiro é o Neutro, que não pertence a nenhum lado e representa a passagem para um estado que, mesmo polêmico, não é mais diático, é um terceiro passivo, um terceiro real, ainda que frágil. (BOBBIO, 2009, p. 289). Será que o “neutro” tem o dom de acabar com a violência? A resposta para essa questão, cujo enfrentamento a modernidade precisa compreender, porque em termos de anseio, certamente a geração testemunha da

guerra, deve ser a mais fiel defensora, é buscada no legado bobbiano: “a eliminação da guerra compreendida restritivamente não implica em absoluto a eliminação da violência no mundo, mas simplesmente a sua limitação, ou seja, a eliminação do uso da violência continuada entre grupos organizados” (2009, p. 242).

Ademais, conforme nos acorda Bobbio, a consciência e o reconhecimento de um problema nem sempre dá conta de sua solução. Isto se dá, tanto no terreno prático, quanto na esfera política, ética, jurídica. Muito mais na pura busca científica, são muito mais numerosos os problemas de que somos capazes de minimizar do que somos capazes de oferecer. A idéia de que devemos nos acostumar com a bomba é pífia e a consolação de que a morte é certa não há de conferir um legado de constatação. Ninguém em sã consciência há de concordar com a “idéia da bomba”. (2009, p. 236).

Na lição de Bobbio (2009, p. 289), sinalizadora de uma grande lição de paz, está a recomendação em face da artimanha da guerra e da violência, do inimigo da constiuição amiga, o código do Neutro, representado pelo Terceiro, que “não se enfileirando nem de um nem de outro lado, representa a passagem para um estado , que embora continuando a ser polêmico, não é mais apenas diádico. Mas é um terceiro passivo, um terceiro real e frágil”.

#### **4.3 Os Indicadores do Progresso Histórico: o vínculo com a Concretude dos Direitos Humanos**

Os Direitos Humanos, a mercê de direitos em constante construção, de onde decorre a confirmação de Bobbio, assentada a partir de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico (2004, p. 22). Convém uma explicação sobre estes pontos.

Os dois primeiros aspectos foram examinados no primeiro capítulo. Em razão de ampla ligação convém aqui uma breve síntese a respeito das duas primeiras teses anunciadas por Bobbio. No que diz respeito a primeira tese, a posição de Bobbio é reconhecida como historicista. Ainda que polêmica, a matriz dessa tese, conforme refere Helio Gallardo funda-se

na dimensão de que as normas jurídicas têm como fundamento uma lei natural, de onde decorre o caráter juspositivista, qual seja, para ser justa as normas jurídicas devem expressar a lei natural. Daí o vínculo hierárquico de suas ligações e de onde se tira a perspectiva dos DDHH correspondentes a tais conteúdos (1997, p. 24).

Na expressão de Gallardo, a Segunda tese é representativa dos seguintes resultados: a expressão “Direitos Humanos” não remete a uma humanidade realizada, mas sim uma humanidade por realizar em um processo de humanização; as primeiras demandas em favor dos DDHH juridicamente reconhecidos não podem (nem tão pouco pretendem) compreender os seres humanos de uma forma universal (todos) nem integral (cada um dos seus aspectos), a mercê de ocultar impossibilidades aleatórias; a concepção individualista da sociedade oculta a impossibilidade dos Direitos Humanos nas sociedades orientadas pela acumulação de capital; a discussão dos DDHH na época moderna não decorre de uma nova percepção da sociedade, senão de uma análise das relações sociais que a constituem, o que permite a sua abertura e aproximação popular dos Direitos Humanos (1997, p. 42-43).

Este ponto da pesquisa ocupa-se de desmistificar a terceira tese de Bobbio (2004, p.22), a mercê de inserida em marco mais amplo de medida socio-histórica do progresso, representados por ritos (acordos celebrados nos hiatos culturais ou políticos do curso da história). Gallardo (1997, p. 43) ocupa-se do tema da terceira tese bobbiana indicando os seguintes pontos de sua construção: a fase filosófica (individualista); a fase constitucional-nacional (as declarações americana e a francesa); e, por último, a DUDH (BRASIL, 2009j) e os pactos firmados entre os Estados (Nações Unidas, 1948-1966).

Para tanto se faz um breve esclarecimento: no pano de fundo da problemática anunciada por Bobbio, e de que também ocupa este ponto do trabalho, a crítica do progresso e do desenvolvimento - porque expressões cunhadas com retoques ideológicos - carregam concepções que podem levar ao sentido de desviar o olhar do “ser humano”: “Em nenhum lugar a natureza humana aparece menos digna de ser amada do que nas relações mútuas entre povos inteiros”. (KANT, s/d, p. 100).

Diversamente, o cuidado da pesquisa revela-se contrária a tal estado de coisas – contrária ao progresso desmedido de cada vez mais e sem fim<sup>234</sup> - e, fiel a este compromisso

---

<sup>234</sup> Há uma referência digna de nota, que está registrado no capítulo 9, sobre a Era dos Direitos, no livro “O Terceiro Ausente” (ver referências): Indagado sobre três aumentos – o aumento incontrolável da população, o aumento incontrolado da degradação, e o incontrolado e insensato aumento do poder destrutivo dos armamentos,

vital deste estudo, anuncia ao que veio. Tal qual a lição kantiana, na sua mensagem colocada sob o viés indagativo, aqui é feita a afirmativa: “Há na natureza humana disposições a partir das quais se pode inferir que a espécie progredirá sempre em direcção ao melhor, e que o mal dos tempos presentes e passados desaparecerá no bem das épocas futuras” (KANT, s/d, p. 95).

Desta maneira, o progresso histórico de que nos socorre Bobbio, é tomado a partir do legado kantiano d’antes referido de “progredir em direcção ao melhor”, razão pela qual o “progresso histórico” é tomado sob o contexto de duas dimensões: uma compreende o avanço do pacifismo social (governabilidade), a outra, encerra a concepção da governança democrática<sup>235</sup>.

Na governabilidade paira a “capacidade do sistema político em reagir à complexidade do ambiente social. É um conceito associado ao Estado de Bem-Estar, à possibilidade de intervir e regular o jogo econômico e implementar políticas públicas” (GONÇALVES e FONSECA, 2006, p. 229) e na governança são esperados “Processo, mecanismo, instituições que favorecem a articulação dos interesses dos cidadãos, dos grupos e da negociação de conflitos, dando uma chance igual a todos, para uma melhora progressiva, contínua e durável das condições de vida” (ARNAUD, 2006, p. 236).

Na afirmação de Bobbio citada anteriormente há um dado revelador – a constatação de que os Direitos Humanos tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico. De outro lado, e aqui detem-se a anunciar, nas três teses defendidas por Bobbio, quanto a proteção dos DDHH, já citadas anteriormente, tem-se como pano de fundo os Direitos do Homem, a Democracia e a Paz (2007, p. 198-199). Em nenhuma delas, foi preciso recorrer tanto ao exercício da paz quanto ao momento atual, e paradoxalmente, a pós-modernidade tem revelado pródiga na produção de guerras convencionais - do Vietnã, do Golfo Pérsico; e não convencionais - a Guerra Fria, que sucedeu imediatamente a Segunda Guerra Mundial, e que, no dizer de Graziano Sobrinho (2010, p.166), as realizadas contra inimigos abstratos (drogas, terrorismo, degradação ambiental), os regimes totalitários, os atuais campos de concentração, como as mais diversas modalidades de segregação que se disseminam em escala nunca vista.

---

e se havia algum sinal positivo, Bobbio afirmou positivamente: “a crescente importância ao problema do reconhecimento dos direitos do homem” (2009, p. 139). Neste sentido ver também o subcapítulo 2.2 desta pesquisa.

<sup>235</sup> Estas questões estarão sendo (re)examinadas no espaço do último capítulo desta pesquisa.

Frente a este quadro de guerra elevado à “base da própria política” de que alerta Hardt e Negri (2005, p. 44), torna-se relevante denunciar as condições de guerra, enquanto poderio de força letal para, então anunciar a importância da temática dos Direitos Humanos enquanto um dos principais indicadores do progresso histórico, de que consiste a terceira tese de Bobbio (2004, p. 22).

Firme neste propósito, inicialmente serão tecidas algumas considerações a respeito dos conceitos identificadores da pesquisa referentes a este subcapítulo. O que afinal pode ser contemplado em torno do conceito de “indicadores” e “progresso histórico” na presente pesquisa. É conveniente a explicação a teor de que, no contexto do estudo o sentido pode ser diverso da compreensão pretendida neste.

Os indicadores podem ser comparados a expressão monitoramento, registro ou certificação. É a indicação dos eventos que “marcam” o assentamento da história dos DDHH, o que na prática corresponde ao sentido de que, quanto mais registros positivos puderem ser realizados na esfera dos DDHH, mais progresso deterá o País que os monitora. A compreensão há de ser verdadeira. Entretanto, há de se ter cautela. Reunidas as expressões tem-se “indicadores do progresso histórico”. Ora, sobre o progresso Hannah Arendt registra que o progresso significa crescimento, e, portanto o processo implacável de ser mais e mais, maior e maior (2009b, p.103). Então, convém um meio termo, um agente compromissador vital. Caso contrário, pode-se perder no rumo de um crescimento sem fim. Para tanto, a comunidade internacional recorrerá a um acordo mínimo, no qual vigore o respeito a regra *pacta sunt servanda*<sup>236</sup>.

O progresso de que recorre os DDHH tem a medida do acontecimento histórico. Melhor seria recorrer a lógica de Hannah Arendt no sentido de que o progresso, enquanto padrão, e a partir do qual se julga a história, reverte de algum modo o velho princípio de que o sentido de uma história revela-se a si mesmo no final (1993, p. 73), ou na lição de Kant (s/d), no sentido de que a importância da história abre-se para o futuro. A questão aqui é: quem então serão os autores dos indicadores do progresso histórico na atualidade? Recorre-se aos fatos para obtenção de uma “indicação de progresso histórico”.

No sistema internacional da Carta das Nações Unidas (BRASIL, 2009d), na base da carta, há um pacto de não agressão para as potências vitoriosas. Paulatinamente referido

---

<sup>236</sup> Os pactos devem ser cumpridos.

compromisso se estendeu para todos os Estados, incluindo-se os vencidos e vencedores. No momento em que cada um dos Estados passa a fazer parte da ONU, compromete-se a obedecer às decisões que serão tomadas pelos órgãos estatutários (isto é indicativo do assentamento de progresso). Nos dias atuais, no dizer de Bobbio, isto garante a conclusão: o poder comum não teve êxito, ou seja, onde está a comunidade (Assembléia Geral) não está o poder. Ali onde poderia estar o poder – o Conselho de Segurança – não está a comunidade. Então, sem poder comum, não há garantia de respeito ao pacto, ou de obediência às decisões (BOBBIO, 2007, p.257). Ora, aparentemente, isto não é indicativo de progresso histórico. Entretanto, pode-se entender que se não fosse o compromisso vital que a Carta introduziu, certamente o caminho traçado poderia não ter inaugurado a expressão destes novos tempos: a estabilidade básica de sustentação em uma comunidade que podem relacionar-se mediante um acordo mínimo, um *pacta sunt servanda*<sup>237</sup>, um *rebus sic stantibus*<sup>238</sup>.

Se adentrarmos o espaço dos fatos, a história dos últimos séculos pode ser resumida através de duas questões políticas – pelas guerras e pelas revoluções<sup>239</sup>, assim: guerras religiosas pela afirmação da fé de cada um dos lados envolvidos, guerras domésticas ou por domínio ou eliminação dele, lutas por reconhecimento de minorias, revoluções liberais – a maioria com o pretexto de liberdade, a revolução em busca da igualdade entre os sexos<sup>240</sup>, as guerras contra o colonialismo (BOBBIO, 2007, p. 96), ou para mencionar problemas concretos da agenda política contemporânea, as guerrilhas nos processos de descolonização e a multiplicação da revolução tecnológica, a bomba atômica, as ameaças nucleares, simbólicas da manutenção do status de potência, os campos de concentração, o genocídio, a tortura, os massacres de civis em conflitos bélicos.

Então pode-se averiguar que a causa é remota – a liberdade a destronar a tirania; o problema é vulgar, o domínio do homem sobre o homem; e a consequência é a de sempre, um eterno criar e manter, recriar e perpetuar a efetividade de um “comando”. Os fatos também, tal qual a lição kantiana da história profética, servem para lançar um olhar para o futuro, este

---

<sup>237</sup> Os pactos devem ser cumpridos.

<sup>238</sup> No universo das relações internacionais a tradução da expressão que é “enquanto as coisas estão assim” deve ser interpretada que a Carta é na realidade um compromisso vital de trégua, que deve ser mantido respeitadas as condições do acordo mínimo, ou que é diferente no caso do *pacta sunt servanda*, onde o compromisso é de cumprimento.

<sup>239</sup> Hannah Arendt informa que as guerras estão entre os mais antigos fenômenos do passado de que se tem registro, e as revoluções não existiam antes da idade moderna. Ambas estão presentes em todas as estatísticas atuais. (1988, p.9-10)

<sup>240</sup> Bobbio anota que esta é a única revolução pacífica da história (2007, p. 96)



olhar que se revela temerário quando lançado sobre os fatos de destruição atômica, de esgotamento das condições de vida, da inversão de todos os valores, de decadência, mas, em contato com os DDHH pode ser feito grávidos de confiança na direção do futuro, qual seja, conforme a lição de Bobbio, “sinal dos tempos”, em razão da importância que o tema dos direitos humanos adquiriu no pensamento atual. (2007, p. 197).

Há o documento que guarda significado relevante, decorrente do contexto em que foi gestado e do momento em que foi pactuado, digno portanto de registro enquanto indicativo de progresso, na verdade de progresso histórico pela representatividade que a declaração encerra e pelo resultado que tal documento tem emprestado as relações das agendas de relacionamento nas atuações de governo. Tamanho o significado, conforme registra Norberto Bobbio: quando Eleanor Roosevelt comentou a aprovação do referido documento esta afirmou: “ela deve ser acolhida como a Magna Carta Internacional de toda a humanidade (...). A sua proclamação pro parte da Assembléia Geral é de importância comparável à proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, à proclamação da Declaração dos direitos do homem na Declaração de Independência dos Estados Unidos e a declarações análogas feitas em outros países.” (BRASIL, 2009h, p.82). Assim, para referir-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>241</sup> tão cara aos DDHH (BRASIL, 2009j), é certo que esta representa a máxima consciência a que o homem chegou até agora, no âmbito jurídico-político, em relação à substancial unidade do gênero humano. (BOBBIO, 2007, p. 97).

Ainda, convém aqui um registro a respeito da influência de que os documentos produzidos na órbita internacional, resultante de pactos compromissórios: quanto as relações de Estado estes resguardam um mínimo de tolerância e de harmonia, tanto para os “minimizadores”, quanto para os “alarmadores”, e, sobretudo para os que “não tem fala”, que

---

<sup>241</sup> Sem a DUDH (BRASIL, 2009j), dificilmente existiriam razões para as redes de comunicação, em 27 de jan.2010, estar a noticiar: Sobreviventes lembram 65º aniversário da liberação de Auschwitz. Sobreviventes do Holocausto lutaram contra o frio e contra a neve e se reuniram nesta quarta-feira em Auschwitz, na Polônia, para celebrar o 65º aniversário da liberação do campo de concentração onde milhões de pessoas foram mortas durante a ocupação nazista, na Segunda Guerra. Autoridades mundiais aproveitaram a data para lembrar o sofrimento vivido pelas vítimas do Holocausto e pedir punição aos nazistas ainda vivos. O presidente americano, Barack Obama, falou sobre a importância de "não se esquecer jamais" da tragédia vivida entre os muros do campo de concentração nazista de Auschwitz. Já o líder israelense, Shimon Peres, pediu no *Bundestag* (Câmara Baixa do Parlamento alemão) que os criminosos nazistas que continuam vivos sejam perseguidos e levados à Justiça. O papa Bento XVI também tocou no assunto, na audiência pública das quartas-feiras, no Vaticano. Ele condenou o "cego ódio racial e religioso" que levou os nazistas a matar milhões de pessoas nos campos de extermínio, na maioria judeus, e fez votos para que "nunca se repitam crimes de tão inaudita ferocidade". (BRASIL, 2010r).

é a grande maioria esmagadora; quanto as influências de um documento em face de outro, na DUDH (BRASIL, 2009j) está gravado: “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 [...]”, enquanto que na Carta das Nações Unidas (BRASIL, 2009d) está dito: “[...] preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas”.

Ora, tais documentos encontram-se acoplados no ponto em que solenemente, a mensagem pano de fundo, o que confirma a condição de sua complementaridade real, especialmente em relação a igualdade e a liberdade<sup>242</sup>, e a dignidade humana. De igual medida, a atenção há de recair em torno da questão da humanidade<sup>243</sup>, valor que tem sido ligado a fraternidade, conforme dá conta entendimento atual, e, da mesma forma, para chamar a atenção em torno do entendimento da paz.

Desta maneira, se tanto a Carta das Nações, quanto a DUDH (BRASIL, 2009j) já cumpriram e vem cumprindo o seu papel de nascimento, sendo certo que o ideal da paz

---

<sup>242</sup> A respeito da influência da DUDH (BRASIL, 2009j) no espaço da interpretação constitucional, notadamente quanto a igualdade e a liberdade, nos moldes conforme introduzido na DUDH (idem, ibidem), é digna de nota, a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF, firmada na Alemanha, em novembro de 2008, no sentido de que estes princípios dependem da permanente jurisdição constitucional. Sobre o fundamento da igualdade na cena contemporânea, o Ministro utilizou-se do exemplo da questão da constitucionalidade de ações afirmativas, onde para compensar desigualdades, o fundamento histórico entre grupos populacionais étnicos e sociais no interesse da justiça social requer uma redefinição da igualdade como valor. E afirmou que é preciso questionar, até que ponto, em sociedades pluralistas, a preservação do *status quo* não acaba desaguando na perpetuação dessas desigualdades. O conceito clássico-liberal da igualdade, como valor puramente formal, está superado há muito tempo em virtude de seu potencial para legitimar a preservação de situações de injustiça. O objetivo de proporcionar uma igualdade real verdadeira sempre precisa levar em conta a necessidade de respeitar os outros valores da Constituição. A solução de tais problemas não está na importação, sem crítica, de modelos desenvolvidos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas, completamente diversas das presentes em nossa realidade brasileira. A solução reside, isto sim, na interpretação do texto constitucional na medida das peculiaridades históricas e culturais da sociedade brasileira. O Brasil se move no sentido de um modelo próprio de ações positivas com objetivo da inclusão social, considerando as particularidades culturais e sociais de sua sociedade que vêm impedindo o acesso do indivíduo a bens fundamentais, como a educação, a cultura o trabalho. Entretanto, o modelo de ações positivas a ser escolhido não deve levar em conta tão somente a raça ou a cor da pele do indivíduo, mas sim a sua situação cultural, econômica e social. (BRASIL, 2010) (mínimas supressões).

<sup>243</sup> Sobre a fraternidade, dando continuidade a nota anterior, é igualmente útil registrar a posição do Ministro Gilmar Mendes, no mesmo documento anterior, ocasião em que, reportando-se ao jurista alemão Peter Häberle, ressaltou a pouca atenção que se tem dado ao terceiro valor fundamental da Revolução Francesa, que é o da fraternidade, realçando que, no início deste Século XXI, o conceito de liberdade e igualdade deve ser reavaliado, reposicionando-se ao da fraternidade. Quero com isso dizer que a fraternidade pode colocar em nossas mãos a chave com que poderemos abrir diversas portas no sentido da solução das mais importantes questões da liberdade e da igualdade com que se debate, hoje, a humanidade. (BRASIL, 2010, com poucas adequações).

perpétua, conforme alerta a lição kantiana, somente nos socorre por “meio de uma democratização progressiva do sistema internacional, e que tal democratização não pode separar-se de uma crescente, e cada vez mais eficaz proteção aos direitos humanos por cima dos Estados” (BOBBIO, 2007, p. 1999), o que dá conta o progresso histórico da terceira tese.

Aqui cabe uma ponderação, justificadora da influência decorrente da primeira, da segunda e da terceira tese de Bobbio, eis que, na compreensão da pesquisa, estão interligadas, razão pela qual representam e prestam correspondência, e estão igualmente a justificar o ponto aqui sustentada do progresso histórico de que nos socorre Bobbio (2004, p. 22), tomado a partir do legado kantiano de “progredir em direção ao melhor” (s/ d, p. 95), e da mesma forma as duas outras teses. Há razões para tanto.

A fórmula que envolve a compreensão das duas outras teses prestam correspondência ao “progresso histórico” tomado sob o contexto de duas dimensões: uma compreende o avanço do pacifismo social, qual seja, a governabilidade, porquanto resposta do sistema político, no caso, na primeira tese a posição de Bobbio é reconhecida como juspositivista ou historicista<sup>244</sup>; a outra, encerra a concepção da governança democrática, enquanto processo facilitador e articulador de interesses do Estado e dos grupos. Quanto a tais aspectos, Gallardo introduz uma crítica. Na sua concepção se os DDHH são remetidos aos Direitos Naturais – antigo ou clássico -onde os direitos se transformam em responsabilidades humanas, portanto, no rigor da concepção dos direitos naturais os Direitos Humanos, sob tal viés, não existem. O que há são obrigações abaixo da responsabilidade. Na modernidade tais direitos vão dar lugar a capacidades onde a autoridade ou foros individuais não devem intrometer-se (GALLARDO, 2006, p. 24-25).

Ora, os direitos naturais, tendo nascido e sido sustentado pela responsabilidade, vai receber o batismo da influência da liberdade e da igualdade, e nesta dimensão são históricos, o que confirma a tese de Bobbio e nesta medida resplandesce a segunda tese, justificadora da concepção individualista da sociedade.

Registre-se que Helio Gallardo opõe-se a segunda tese de Bobbio, justificando que a base doutrinária tomada por Bobbio, no caso John Locke é um organicista, e não possui

---

<sup>244</sup> Helio Gallardo quanto a essa perspectiva introduz uma crítica a primeira tese de Bobbio no sentido de que, sendo os DDHH remetidos aos Direitos Naturais – antigo ou clássico, então os direitos se transformam em responsabilidades humanas, e, portanto, no rigor da concepção dos direitos naturais os Direitos Humanos não existem. O que há são obrigações abaixo da responsabilidade.(2006, p. 24-25).

uma concepção individualista da sociedade, senão o fato de que a igualdade natural dos seres humanos remetem ao nascimento e não a uma autoridade política (2006, p. 39).

A respeito do terceiro ponto de Bobbio, Galhardo confirma os seguintes “indicadores do progresso histórico”: a) fase filosófica (individualista); b) fase constitucional-nacional (Declarações dos Estados Unidos e da França); c) Declaração e Pactos entre Estados (Nações Unidas, 1948-1966) e conclui que se trata de ritos culturais ou políticos (acordos entre Estados) e debruça-se a tentar provar que referida tese de Bobbio, é na verdade um condensado, cada qual com seu nível de processos sociohistóricos, não sua causa ou fundamento, selecionando outros indicadores, tal como a tensão que decorre das lutas pela defesa ou conquista de novas liberdades contra velhos poderes e que estaria na base das gerações dos direitos. (2006, p. 43-44)

É curioso como Galhardo sustenta tal afirmação. Se para ele, nos termos já registrado, um pouco antes, Bobbio estaria equivocado por conta de que o mentor doutrinário de sua tese é John Locke, um organicista, que afirma que há uma igualdade natural, para a qual todos nascem sem estar submetidos a autoridade política (2006, p. 39). Então, a tensão que decorre da luta pelo processo de sistematização de novos direitos, de que faz referência Helio Gallardo (2006, p. 44) estaria a negar a tese de Norberto Bobbio (2004, p.25) de que, do ponto de vista teórico, os direitos do homem são históricos?

De fato, do ponto de vista teórico, por mais que nascentes com o homem e para o homem, o que lhes dá a característica de usufruírem de fundamentalidade, isto é, direitos fundamentais do homem, e não a mercê de prévio reconhecimento do Estado, razão porque, ratifica o legado de Bobbio no sentido de que tais direitos são de fato históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (2004, p. 25), o que muito confirma a lição hegeliana (2007, prefácio) de que, quando vem o anoitecer, e com ela a necessidade, desperta a coruja de Minerva para sagrar o reconhecimento de tais direitos.

A compreensão dos DDHH enquanto conversão em um dos principais indicadores do progresso histórico de que anuncia Bobbio (2004, p. 22), representa decisiva certificação na rede de promoção e de proteção dos DDHH, eis que a ocorrência de situações violadoras de tais direitos - sem a intenção de esgotar os exemplos, tais como, quando há omissões ou falhas por parte das instituições nacionais na conduta e realização da tarefa da justiça,

genocídio, tortura, desaparecimento forçado, violência sexual – estupro, prostituição, gravidez, esterilização forçadas - crimes de agressão e de guerra, a não ser por seus registros e monitoramentos, de outra maneira que não pelos DDHH adequadamente inseridos na esfera doméstica – direitos fundamentais – ou organizados segundo documentos que compõe a cartilha internacional dos Direitos Humanos, dificilmente mereceriam o selo de proteção em face dos Direitos Humanos, ou em breve síntese, na linguagem de Delmas-Marty, direitos que protegem esse irredutível humano (2004, p. 277).

Portanto, duas são as linhas indicativas vislumbradas neste estudo, uma decorrente da governabilidade (avanço do pacificismo social) e outra da governança - *good governance*, (democracia, governo dos amigos x inimigos), ambas afeitas à dimensão dos indicadores do progresso histórico e, sem os quais, o Estado de Direito poderá ter significativas violações aos DDHH, sendo salutar a devida atenção.

Convém aqui um registro, a despeito de identificação de tais situações, para que delas possamos cada vez menos presenciar, qual seja, mais ouvir que reproduzir, e na adequação de que seremos convencidos pela lição da proteção e promoção dos Direitos Humanos, Norberto Bobbio sobre as novas gerações de direitos, resultantes da convergência de pensamento do atual momento, e em torno das ameaças do progresso tecnológico contra a vida, a liberdade e a segurança, cita três exemplos que vão passar a ocupar a cena contemporânea: o direito de viver em um ambiente sem contaminação<sup>245</sup>, de onde decorrem os movimentos ecologistas; o direito à privacidade, ameaçado pela invasão da esfera pública no espaço da intimidade da vida de um indivíduo, com catalogação em um banco de dados e

---

<sup>245</sup> Citam-se dois fatos típicos, ilustradores da situação definida por Bobbio (2007, p. 204). *Caso 1*: “Césio 137” foi o maior acidente radioativo em centro urbano do mundo. A tragédia, ocorrida em Goiânia, em setembro de 1987, conforme dados de junho/2009, envolveu 65 vítimas diretas e 6.000 (seis mil) vítimas indiretas, dentre os quais somente 397 pessoas foram contempladas com o pagamento de pensão por parte do Estado de Goiás - todas elas são funcionários públicos. Oitocentas pessoas aguardam definição de seus pedidos de indenização e, este número tende a aumentar, na medida em que outras pessoas – contemporâneas ao acidente - continuam sendo vitimadas. Muitos já tiveram negado seus pedidos. Disponível em: <https://junte-se-ao-greenpeace.org.br/?ref=cesio137> Acesso em: 09.jun.2009z; *Caso 2*: Urânio contaminou água em Caetité, diz relatório. Caetité muda rotina após denúncia do Greenpeace. O resultado das amostras de água colhidas na região da cidade de Caetité, a 757 km de Salvador, revelou que, dentre os sete poços analisados, um deles apresentou contaminação por urânio acima dos limites permitidos pela resolução do Conama 357/05. Segundo os estudos realizados através de um convênio firmado pelo Governo da Bahia, a água contaminada está em um poço utilizado por cinco famílias do distrito de Juazeiro, no município de Caetité. Diante desta constatação, os órgãos de meio ambiente e saúde do Governo do Estado decidiram pela suspensão do consumo da água deste poço. Em nota, o Instituto de Gestão das Águas e Clima (INGÁ) afirmou que o governo providenciou, como solução alternativa, o fornecimento de água através de carro-pipa para as famílias que usam o poço onde a água está contaminada. Disponível em: <http://www.greenpeace.org.br/uranio/fazer.php> Acesso em: 25 jan.2010n.

com isso controlar o comportamento das pessoas; e o direito à conservação do patrimônio genético<sup>246</sup>. (2007, p. 204).

É útil explicar. A ideia dos Direitos Humanos fundada na percepção de um conjunto mínimo de direitos asseguradores da dignidade humana, centrada na igualdade e na liberdade, que se desenvolve historicamente foi apresentada no primeiro capítulo. De outra forma, este conjunto mínimo de direitos, nascente na modernidade, e que ocupa o espaço dos direitos fundamentais na atualidade ali também foi examinado. Agora o compromisso é compreender os DDHH na sua tarefa de conversão em um dos principais indicadores do progresso histórico (2004, p. 22), os quais, no objetivo deste trabalho, são apresentados a partir da complexa relação decorrente do indivíduo-sujeito e o universo dos DDHH, entre situações de conflito e violação aos direitos individuais e coletivos e o “modelo” da fraternidade, base do Direito Fraternal, - este já examinado no subcapítulo anterior. Antes façamos uma breve introdução, objetivando dar contexto a problemática analisada.

“É indubitável que os Direitos Humanos são uma das maiores invenções de nossa civilização”. Com esta afirmação Carlos Nino introduz os Direitos Humanos na qualidade de “ferramenta imprescindível para evitar um tipo de catástrofe que, com frequência, ameaça a vida humana”, ocasião em que indica três características comprobatórias de tal conclusão: o reconhecimento efetivo dos DDHH comparado ao desenvolvimento dos modernos recursos tecnológicos; o sentido de que referidos direitos são artificiais, produto do engenho humano; e os DDHH são instrumentos criados pelo homem. Essas características, submetidas a mercê dos infortúnios, estão aí aniquilando os planos mais firmes, as aspirações de maior alento e o objeto de nossos afetos mais profundos, somada a fragilidade da vida (1989, p. 1) conspiram a favor da tese de Nino, razão pela qual, a “invenção” dos Direitos Humanos corresponde a ideia de combater os infortúnios humanos, os controláveis, e aqueles para os quais não se tem

---

<sup>246</sup> O Projeto Genoma fornece uma boa ilustração de situações que tais. Neste sentido: **Por dentro do Projeto Genoma. Conheça as iniciativas brasileiras dentro desta rede de pesquisa mundial. Ligados em rede.** A rede ONSA foi criada em 1997 ligando mais de 30 unidades de pesquisa no estado de São Paulo. A exemplo dela, outros 25 centros estão distribuídos pelo Brasil reunidos na Rede Nacional do Projeto Genoma Brasileiro. Esta iniciativa, criada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, por meio do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), integra todas as regiões do país em torno de trabalhos sobre genoma. Disponível em: <http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?materia=3054> Acesso em 25 jan.2010o. Também: **O Projeto Genoma.** O Projeto Genoma Humano é um empreendimento internacional, iniciado formalmente em 1990 e projetado para durar 15 anos, com o objetivo de identificar e fazer o mapeamento dos genes existentes no DNA das células do corpo humano, determinar as seqüências dos 3 bilhões de bases químicas que compõem o DNA humano e armazenar essas informações em bancos de dados acessíveis. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/projeto-genoma.htm> Acesso em: 25 jan.2010p.

controle.

Que infortúnios são estes? A constatação de Ortega Y Gasset (1967, p. 52) no sentido de que “Eu sou eu e a minha circunstância e se não salvo a ela, não salvo a mim” pode auxiliar a identificação da realidade que circunda o homem, ou que minimamente está aberta ao abrigo da invenção dos DDHH. Distintos e separados estes infortúnios se completam com a proteção de tais direitos de um lado e a promoção de outro, abertos a sua própria circunstância e a realidade que o cerca. Cuida assim enumerá-las, sem querer encerrá-las em uma lista longa e interminável, ainda que seja esta a condição dessas “circunstâncias”.

Conforme assentado na primeira parte desta pesquisa, várias confluências – neste caso com o sentido de teorias, correntes ou acontecimentos – deram conta de dar contexto a expressão dos DDHH, ao *ethos* de onde ele se estabelece. Por mais que a segunda Guerra Mundial foi a matriz imediata para o surgimento da DUDH (BRASIL, 2009j), e, portanto, para o reconhecimento dos DDHH, muitas outras pequenas ou grandiosas situações também tomaram assento nesta tarefa e continuam a executá-la. O Século XX deu sua contribuição e tal se arrasta no Século XXI que continua prestando seus préstimos durante bom tempo (um tempo sem fim) no marco das grandes consequências desastrosas e que não bastam para dar conta das construções filosóficas dos tempos atuais.

Entretanto, há um ponto em comum que a presente pesquisa urge reconhecer, nascente da Segunda Guerra Mundial e que se alastra para a história humana, com a conotação óbvia de endosso catastrófico: a mercê dos milhares de mortos de que deram conta o holocausto e outros milhares de refugiados, o aparecimento de regimes totalitários, e a bomba atômica, notadamente esta, reveladora do aspecto econômico, do *status* político e do viés ideológico de seus mentores e articuladores, bem como de seus “usuários” forçados, todos contribuíram para os crimes contra a humanidade. A questão nuclear dá conta do descontrole de que questões como estas se não adequadamente enfrentadas podem reverter o acordo mínimo que se estabelece em torno dos Direitos Humanos e, em uma dimensão mais profunda, tocar de forma irreversível no processo de estabelecimento da vida terrena.

Sobre os DDHH que é o que nos interessa, que “outra coisa são os direitos humanos senão a expressão de que, nos novos tempos, o indivíduo adquire uma dignidade que não tinha em outras épocas?” (SANTILLÁN, 2007, p. 38)<sup>247</sup>. De outro lado, comparar

---

<sup>247</sup> Conforme apresentação que José Fernández Santillán realizou em torno da obra Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia. (ver nas referências).

referida afirmação com a questão nuclear, pode dar conta da quebra do pacto de que os DDHH são representativos. Não há senão duas alternativas possíveis, ou nos damos conta do “perigo” – da “invenção” e da “circunstância” de que nos recordam Santiago Nino e Ortega Y Gasset, ou em outras palavras, se somos a circunstância de nada nos adiantarão a invenção dos Direitos Humanos. Isto não é paradoxal?

Bobbio ilustra muito bem o quadro dantesco em que está assentada a questão:

A humanidade atingiu uma situação-limite, além da qual só existe a catástrofe. Nós somos aqueles a quem essa verdade parece uma evidência absoluta e por isso não nos cansaremos de repeti-la. E se há indiferentes e resignados, temos o dever de falar também em nome deles: os indiferentes esperamos sacudir, os resignados esperamos convencer. Devemos sobretudo reagir dia a dia contra aqueles que, embora estando convencidos como nós de que a situação é intolerável, tentam apresentá-la de modo menos catastrófico por razões particulares (são os assim denominados minimizadores). Se alguém nos dissesse, como disse o conselheiro de um presidente americano, que uma guerra nuclear não seria o fim do mundo porque seria possível reduzir a perda de homens a 10% da população mundial, temos o dever de responder que trezentos milhões de mortos não são o fim do mundo, mas são um preço que nenhum homem dotado de razão está disposto a pagar pelo triunfo desta ou daquela bandeira. E enquanto continuar a existir os que dizem: “não é nada”, devemos responder que, para nós, ao contrário, é tudo. E é tudo porque não podemos viver sem dar um sentido à história do homem se tivermos de nos convencer de que a potência tem razão e a razão é impotente. (2009, p. 185)

Tudo conspira então para reforçar a tese de Carlos Nino (1989) e as circunstâncias de que nos socorre Ortega Y Gasset (1967). Neste sentido têm-se as conferências do Rio de Janeiro, em 1992, sobre o meio ambiente, e de Viena (BRASIL, 2009f), que aconteceu em 1993, sobre Direitos Humanos, permitiram a definição de um cronograma de encontros sobre os “temas globais” que se estenderam até 1996, com a Conferência de Istambul a respeito de assentamentos humanos, a Habitat-II, passando em 1994 pelo Cairo, com o tema da população, e em 1995 por Copenhague, com o desenvolvimento social, e ainda por Pequim, com a situação da mulher, e após, em 2001, teve lugar a Conferência de Durban contra o Racismo, que ocorreu às vésperas do atentado de onze de setembro (ALVES, 2002, p. 199-200). Todos os eventos estão a corroborar a representatividade do conjunto mínimo de direitos certificadores dos Direitos Humanos.

Assim, nos termos anunciados na introdução deste, cabe agora examinar a terceira tese de Bobbio (2004, p.22), que dão aos Direitos Humanos a tradução de principais indicadores do progresso histórico. Na base desta premissa está presente a crítica do progresso e do desenvolvimento, porque tais expressões (“indicadores” e “progresso histórico”) guardam compreensões de cunho político-ideológicos. É bem verdade que no fundo, questões



econômicas também são balisadoras de seus resultados e, bem por isto, na adoção dos clássicos, que tem a ver com a conquista e o exercício do poder: enquanto uma compreende o avanço do pacifismo social (governabilidade), a outra, encerra a concepção da governança democrática, que há de ser completada com a questão do “amigo *versus* do inimigo”, examinado no subcapítulo 4.2.1.

Portanto, os indicadores do progresso, a que alude Bobbio (2004, p. 22), referem-se à contínua e sucessiva luta – utilizada aqui também no sentido de tensão – que decorrem da defesa e das conquistas de novas liberdades, ou os novos direitos, quais sejam direitos que dizem respeito a setores considerados desprotegidos, especialmente, os que dizem respeito a crianças, idosos, minorias étnicas, doentes, mulheres... de tal forma que, grupos que não desfrutavam de direitos, passam a alcançá-los pela disposição de padrões que os DDHH consideram, e que podem ser simplificados na admissão por igual, da liberdade pessoal, justiça social, igualdade, dignidade, enfim direitos a ter direitos, ou no dizer de Delmas-Marty, os direitos do homem como referência comum do aprendizado do limite na escala planetária, qual seja, proibição aos Estados de derogá-lo e aos indivíduos de transgredi-lo: direitos “inderrogáveis” e crimes “imprescritíveis” (2004, p.277), que gozam da simbologia do progresso.

Se se deter na tarefa de listar os indicadores do progresso, quer na concepção analítica, empirista ou normativista de que cuida a ciência, ou de monitoramento de seus dados, como anuncia a prática dos DDHH, certamente a pesquisa irá trilhar na tensão que decorre das potencialidades e riscos do assentamento eterno de construir direitos. Aliás, a história desses direitos é indubitavelmente marcada – de forma decisiva – pela tensão entre o par conceitual da expressão “indicadores”, de um lado, e de outro, o “progresso”.

Os DDHH ocupam exatamente a dinâmica de ser reconhecido enquanto projeto de emancipação, havendo de “deixar de serem vistos desde uma perspectiva exclusivamente normativista” (WARAT, 2010, p. 112) para ser traduzido nas seguintes representações, em resumo: a) da problemática da própria concepção dos Direitos do homem; b) soluções que mostram os abismos de uma razão que ignoram suas incompletudes, insuficiências e desrazões (WARAT, 2010, p. 112-113), imbuídos da tarefa de “apontar uma ideia fundamental dos direitos humanos” voltados a uma dimensão de “saúde e o cuidado que com a proteção normativa de homens previamente destruídos biopoliticamente” (idem, 2010, p. 120). É com esta missão que tenderemos de seguir avante!

### 4.3.1 Da “fábrica das leis” aos “supermercados do Direito”<sup>248</sup> e a realização prática dos Direitos Humanos

Para abrir este cabe uma explicação. Ao longo da pesquisa foram priorizados diversos apontamentos em torno de questões ditas de ordem prática. Sejam com ilustração de jurisprudência, de casos e situações problemas contidas nas diversas doutrinas consultadas, cuja exigência, enquanto consistência da teoria e prática dos Direitos Humanos. Ademais, se há situações ilustradoras da prática dos DDHH esta certamente pode ser medida por uma pesquisa já empreendida por Bobbio, qual seja, enunciativa dos seguintes exemplos, que “ocupam o núcleo do debate atual” e são nascentes das “ameaças do progresso tecnológico contra a vida, a liberdade e a segurança” (2007, p. 204):

[...] o direito de viver em um ambiente sem contaminação, do qual surgem os movimentos ecologistas que sacudiram a vida política tanto dos Estados como dos sistemas internacional; o direito à privacidade, que está ameaçado pela possibilidade, ao alcance dos poderes públicos, de memorizar todos os dados relacionados com a vida de um indivíduo e com isso controlar seu comportamento sem que a pessoa o saiba; por último, o tema [...] que logo estará no centro fortes debates entre duas visões opostas sobre a natureza humana: o direito à conservação do próprio patrimônio genético, o qual ultrapassa muito o direito à integridade física, já definido nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. (BOBBIO, 2007, p. 204)

Por mais que esses exemplos, e muitos outros, sejam ilustrativos da prática dos DDHH, a opção da pesquisa não há de se voltar para o exame concreto de tais casos. Afinal o objetivo do estudo nos conduz para o “domínio” (re)afirmativo dos Direitos Humanos e, não para os muitos exemplos diários que o dia-a-dia produz na cena de tais direitos. Portanto, conclusivamente, na linha do capítulo matriz, qual seja, dos indicativos do progresso histórico, pretende-se apontar seus limites de construção – ditos neste “fábrica e supermercados”, de leis e de direitos, no caso Direitos Humanos. De outro lado, muito mais

---

<sup>248</sup> As expressões em comento são de Delmas-Marty (2004, p. 215-219), e são neste utilizadas pela representatividade do resultado prático da produção normativa dos DDHH quanto as fontes produzidas na esfera internacional e no âmbito nacional. Registre-se também, pela dimensão e respeito ao significado da expressão “fábrica”, a crítica empreendida por Hannah Arendt, no sentido de substituição da ação pela fabricação que ela toma no contexto de substituir uma e outra tomadas que são no contexto da esfera democrática, os quais se transformam em argumentos contra os elementos essenciais da política. (2009, p. 232-233). Aqui neste o sentido é outro, e tem justamente a conotação da dinâmica de produção normativa, como aliás faz referência Delmas-Marty.

do que ação, a contemporaneidade conheceu a fabricação sem medida:

Não deve pensar e sim se divertir; não deve ser perturbado, abalado, atormentado, mas sim distraído, amansado, pacificado consigo mesmo e com a sociedade. O efeito é um entorpecimento geral, um nivelamento dos gostos e das aspirações, uma completa e incruenta despersonalização, a eliminação da privacidade silenciosa em troca de uma publicação despudorada e ruidosa.” (BOBBIO, 1996, p. 91).

É com este espírito, ciente deste sentido, que este ponto é examinado. A norma, em seu sentido *lato sensu*, inclusive equivalente a sinonímia da lei, na contemporaneidade faz-se percebida pelo indicativo de alargamento de marcos, onde o Estado não detém mais o monopólio dos direitos fundamentais - quanto mais dos Direitos Humanos - e o processo de internacionalização, faz com que, e cada vez mais, a sistemática internacional ressoe como garantia adicional de proteção, até porque, além do próprio Estado, outros sujeitos se apresentaram no cenário, tais como o indivíduo<sup>249</sup> e as organizações internacionais.

Sem dúvida, a modernidade introduziu um novo conceito quanto aos direitos, que reflete essencialmente na sua técnica legislativa de “fabricação”: se ela não pertence exclusivamente ao espaço doméstico, é de se esperar as influências que decorrem de outras esferas<sup>250</sup>. Sobre isto, refere Bobbio (2004, p. 229), se de um lado a luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso, depois o poder político, e depois o poder econômico, na atualidade, as ameaças a vida, à liberdade e à segurança dão conta do enorme progresso, vertiginoso e irreversível da transformação tecnológica e tecnocrática do mundo.

Cumpre assinalar quais as questões se apresentam decorrentes da construção teórica e prática dos DDHH e, assim, prever alguns pontos dos prováveis questionamentos decorrentes da produção de sua normatividade que a partir daí são e estarão sendo estabelecidos.

---

<sup>249</sup> Aceita a indicação do indivíduo, Flávia Piovesan (1999, p.243-244). Não concorda com tal indicação, Francisco Rezek (1989, p.158 e 159).

<sup>250</sup> Não é por acaso que Delmas Marty (2004, p. 216) refere a um “código piloto” (um ou vários “códigos seguidores”), para facilitar o acesso ao direito e dar garantia de boa segurança jurídica, objetivando auxiliar a proteção e a promoção dos Direitos. Tal questão, a do Código Piloto, será examinada neste ponto do trabalho, um pouco mais na frente. Ainda, enquanto concepção contemporânea dos DDHH, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade perante os povos, esta também detém de longe a marca comum dos DDHH.

Tradicionalmente, nos manuais de Direitos Humanos e nos de Direito Constitucional, cuidou-se do estudo que aqui irei adotar pela expressão de trilogia estrutural dos DDHH, pelo viés dos Direitos do homem na perspectiva do indivíduo; após, dos Direitos da pessoa, em face da dignidade da pessoa humana, e neste caso já teremos tecido a trama necessária para os Direitos Humanos segundo a concepção de universalidade; e, por último, os DDHH, propriamente ditos, a partir da compreensão hodierna de sua abrangência coletiva, que ganhou espaço com o apontamento de sua universalidade e, de igual sorte, com a influência dos direitos sociais, econômicos e culturais, decorrente da concepção de sua indivisibilidade<sup>251</sup>.

Convém igualmente aproximar o tema do estado da questão da produção de normatividade, que em contato com a memória de sua produção, a verdade de seu sistema, a própria justiça que a partir daí se instala, e, também a sua proteção, para, deste modo, na esfera da relação jurídica dos DDHH, examinar o Direito Fraternal, eis que, em tal concepção, a fraternidade requer fazer o bem, cuidar do outro, segundo uma dimensão permanente de autolegitimação e de legitimação, atendendo aos tipos de fontes que se exigem para o desenvolvimento dos direitos e as garantias que protegem cada direito.

Ora há o espaço estatal de “fonte do direito”, e há o não estatal. O primeiro, pertencente a maioria dos manuais de direito, e que faz jus o dogmatismo, pouco a pouco foi sendo afetado pela crítica do Direito, que despreza o Estado como única fonte onde se vai sorver o direito. Sobre isto, Delmas-Marty identifica que o Estado-nação, expressa a soberania de uma comunidade, sobretudo cultural e, de onde se espera a internacionalização crescente das fontes; o Estado-centro detém uma fonte de organização política; o Estado esfera pública que decorre de um processo de diferenciação entre o Estado e a sociedade civil. (2004, p. 46). Em cada um, e a seu modo, estão assentadas, em graus diferentes, a normatividade das fontes do direito.

Em um breve esboço, os modelos “estatal” e o “não estatal” influenciaram a elaboração dos DDHH e podem ser representados, seguindo sua dimensão teórica, pelo monopólio da força legítima e pelo monopólio da produção normativa, os quais,

---

<sup>251</sup> Quanto aos conceitos dessas expressões, Flávia Piovesan refere: “Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição da pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais é vice-versa. Quando um deles é violado, os demais o são. Os direitos humanos compõem, assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada. (1999, p.240-241).

impulsionados pelo humanismo e pela troca de mentalidade, dão lugar a uma nova cultura que pode ser indicada, conforme a lição de Peces-Barba (2004, p. 77-80):

- O humanismo e a Reforma serão dois movimentos que influenciam entre si. Os humanistas e a Reforma representam o moderno (frente ao antimoderno). Tem lugar no Século XX;
- A ética medieval segue a ética católica, que é uma ética de liberdade com o humanismo. Tem seus objetivos centrados na autonomia, no valor do trabalho e da atividade humana, colocando o ser humano no centro do universo;
- As liberdades civis, que correspondem ao primeiro momento histórico dos direitos fundamentais, surgiram da busca de autonomia visando o progresso de suas atividades econômicas. O passo seguinte – representativo da mentalidade liberal – corresponde a reivindicação dos direitos políticos para a burguesia – e vão dar margem as declarações de direitos.

Previamente aos esforços do homem moderno irá consentir a criação dos seguintes movimentos<sup>252</sup>: a secularização, o naturalismo, o racionalismo e o individualismo, os quais antecederão a nova ciência e o novo Direito.

A nova ciência dará conta do “novo Direito” e o Direito moderno será cada vez mais produzido pelo Poder político, e a sua forma de ordenação de vida social auxiliará a consolidação do Estado de tal forma que o Direito daí surgido pretenderá ser um Direito estatal, situação esta que será realidade e o Direito estatal será cada vez mais uma ordenação racional e completa fundado no Poder do Estado. (MARTÍNEZ, 2004, p. 88)

Entretanto, a tarefa – de produção normativa acessível a todos – no dizer de

---

<sup>252</sup> A *secularização* corresponde a ruptura da unidade religiosa, onde os temas religiosos são substituídos por problemas humanos e, automaticamente, se instala a tarefa de substituir a ordem medieval para o encontro com os homens, abrindo para o surgimento da razão, da natureza humana, da ordem do individualismo e dos direitos naturais. (MARTÍNEZ, 2004, p. 81); O *naturalismo* é consequência da secularização e corresponde a volta da natureza com implicações na arte, literatura, ciência, normas sociais e o próprio Direito. A noção de igualdade jurídica, em sua perspectiva formal, passa a influenciar o Direito Moderno na sua função de segurança e de justiça formal. (MARTÍNEZ, 2004, p. 82); O *racionalismo* supõe a confiança plena no valor da razão como instrumento de conhecimento, tanto na natureza física como na vida social humana e representa o campo social e político centrado no protagonismo do indivíduo na história, substituindo a legitimidade racional pela legitimidade anterior baseada em Deus. (MARTÍNEZ, 2004, p. 83); O *individualismo* é a característica primordial do tempo moderno. Representa a forma de atuação do homem burguês, protagonista da história. Foi com tal movimento que surgiu as ciências humanas. (MARTÍNEZ, 2004, p. 83-84).

Delmas-Marty na “nossa época protetora” “pressupõe uma disciplina, quase uma deontologia, do trabalho legislativo” para assim, evitar o abuso do direito de legislar (2004, p. 212), de tal maneira que “o povo saiba ou possa saber que a lei existe e que existe como lei” (PORTALIS, apud DELMAS-MARTY, 2004, p. 212).

O conhecimento científico que se busca para a construção e configuração da produção da normatividade e da racionalidade envolve a produção de um modelo, que pode ser traduzido pela ciência neste momento, como o processo que se busca e se pretende, e a procura por este “modelo ideal” dá conta de que ele está além do processo posto. Exige-se, pois, um grau de ciência cada vez maior ou minimamente melhorada e depurada, para dar lugar à produção deste modelo o qual finalmente comportará a vontade da lei e a verdade que nela se busca. A lei de tão complexa parece ter “esquecido do homem” e dos seus fazedores de leis (o Legislativo). Ambos merecem atenção.

A concepção dos códigos, construídos segundo arquiteturas isoladas e autônomas, estava assentada em tempos estáveis de uma ordem fundada na lei. Os tempos mudaram. Com a propagação das fontes do Direito e a diversidade com que estas se apresentam, desde o aparecimento de fontes não estatais – e que não são mais exclusivamente internacionais, extralegislativas e variáveis, impõe a alteração do padrão legislativo. Provavelmente a grande novidade seja a inter-relação entre texto e contexto, ou entre os diversos construtos normativos que funcionam simultaneamente. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 46-59)

Do contexto ora anunciado vem a juridicidade alternativa. Esta chega com o pluralismo e carrega a missão de “rompimento epistemológico que implica uma filosofia do conhecimento comum com outros” (RANGEL, 2004, p.312) e começa negando que o Estado seja o centro único gerador de normatividade exclusiva da produção do Direito.

O pluralismo jurídico de onde ocorrem a expressão do novo sobre a justificativa da complexidade, nasceu da constatação de que a cientificidade que fundamenta o aparato de regulamentação estatal liberal-positivista e a cultura normativa lógico-formal já não desempenha a função de recuperar os conflitos e a harmonia das relações. (WOLKMER, 1994, p. XIII).

Nesse sentido, o aparecimento das fontes não estatais constitui um *plus*, um passo a mais, uma mudança de paradigma no aprofundamento de influência da interpretação que se extrai das relações praticadas na esfera internacional. Mais isto não significa necessariamente que a mudança foi positiva ou negativa. A relação de dependência, ou de independência, ou

até de interdependência, decorre do reconhecimento que a comunidade jurídica, enquanto usuários e aplicadores, consumidores da ciência jurídica, estejam em condições de perceber a utilidade e a maneira com que se articulam os diversos códigos, quer existentes, quer em curso de elaboração (ou no dizer do título deste trabalho, em vias de “fabricação”).

Convém reafirmar o sentido de que os usuários do Direito tenham acesso a um código de dimensões reais, tanto quanto possível, há de ser simbólico de acesso e reconhecimento de direitos. Não se advoga aqui a ilusão de um “código” tão simplificado que exclua direitos ou deixa estes nas mãos de alguns. Entretanto, que este seja apresentado em condições tais, reveladoras de um vocabulário e de uma tal assunção que o homem se reconheça e identifique direitos através dele.

Delmas-Marty anota que, para facilitar o acesso ao direito e dar garantia de boa segurança jurídica, recorre-se a um “código piloto” (ou um ou vários “códigos seguidores”), no sentido de que, se for necessário, “indica-se no código seguidor que as regras relativas a tal questão são regidas pelos artigos adiante reproduzidos do Código Piloto”. (2004, p. 216).

Afinal há reservas quanto a tal método ou ele seria de fato a resposta para a complexidade cada vez maior do Direito, que não permite o conhecimento e o reconhecimento de toda a legislação, incluindo as remissões contidas no Código Piloto?

Por mais que a fábrica de leis usufrua de perfeição sob a perspectiva da técnica, ela não substitui ou tem condições de suprimir a vontade geral, posto não deter competência nem legitimidade para definir as linhas que dão coerência e sustentação ao conjunto. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 217)

Em Neves (1993, p.25) vamos buscar a conclusão para a metodologia moderna do sistema normativo, qual seja, repensar o próprio problema do direito através de sua realização, da existência seguinte à sua própria realidade de manifestar a prática porquanto uma prática. São tempos de caminhos novos, ainda que com problemas novos.

A importância do caso oportuniza a criação jurisprudencial, a qual impõe destaque especial, impensado dois séculos atrás. Assim, desfaz-se a crença de que o raciocínio jurídico premia a univocidade do modelo matemático<sup>253</sup> no sentido de que a “lei pode ter uma ou mais

---

<sup>253</sup> Interessante a fórmula do Direito percebida por Holmes Júnior: A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e

interpretações, mas ela não pode ser válida e inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la” (BRASIL, 2010), e, nesta linha, afasta-se do pensamento conservador para premiar a discricionariedade, para a qual esta há de se submeter *ad eternum* ao princípio da racionalidade, com o sentido de que o Direito é fundamentalmente resultado, que é assegurador de tutela qualificada na medida de suas relações potencialmente adequadas, bem sucedidas e revestidas de efetividade.

O sistema de proteção dos Direitos Humanos, por mais que se insista na sua contextualização externa ou doméstica, não fica distante destas concepções e aponta para um sistema que busca a sua internacionalização, da mesma forma que anuncia a sua humanização. O viés de sua produção normativa há de atender tal esquema, sob pena de ser inefetivo e ineficaz. Portanto, a tarefa mais importante que se apresenta na esfera jurídica não é a sua missão pacificadora, senão a sua missão humanizadora, que daí decorre, integrando-a como parte imprescindível do sistema legal.

Parte-se, da compreensão de que a organização, reprodução e consenso dos DDHH que são cumpridas pelas leis e códigos não podem ser concebidas ao arrepio do sistema jurídico internacional, de cunho ilustrativo do modo como se estabelece o Direito na estrutura de suas relações, de onde é possível constatar um modelo forjado nos processos judiciais de interesse individual e que desperta para os interesses coletivos de afirmação da cidadania e de justiça substantiva<sup>254</sup> de sujeito ativo do escopo político.

Apenas para ilustrar, é no espaço dos questionamentos e mediante as formulações entre os interesses público *versus* privado, direitos individuais *versus* coletivos e difusos, regras de aplicabilidade imediata<sup>255</sup> *versus* restritiva e dependente, e outras inúmeras situações, que se espera consolidar a afirmação normativa dos DDHH.

---

não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. (1963, p. 1)

<sup>254</sup> Um bom exemplo de abertura para o texto normativo internacional, típico de interesse coletivo, para que pudesse ser reconhecido nos mesmos moldes do cenário internacional, de interpretação mais genérica pelas convenções internacionais, que garante a inclusão de um número significativo de pessoas, resulta claro da ADPF 182-0/DF (ao tempo deste, ainda pendente de julgamento, conforme pesquisa processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2690086>, acesso em 28 nov.2009), interposta pela Procuradoria Geral da República, com o objetivo de ser empregado o conceito de pessoa com deficiência, estabelecido no art. 1º, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, sob o fundamento de ser de uso imperativo no Direito Interno Brasileiro, e, portanto, imediatamente aplicável (?), para declarar a invalidade, por não recepção, do art. 20, §2º da Lei 8742/93. Referida ação ao tempo deste, ainda está pendente de julgamento.(BRASIL, 2009).

<sup>255</sup> No dia 22 de abril de 2009, a comunidade brasileira assistiu estarecida a discussão do Presidente do STF,



Ora, é tranquilo reconhecer que os DDHH, em sua dimensão de receber proteção direta, também está a receber promoção, na medida em que é objeto de preocupação, tanto por parte da ciência, como igualmente da comunidade internacional, através de documentos, ou inserção no texto constitucional, que recebem apontamentos temáticos diversos, que influem na compreensão do Direito dos povos, quer na esfera doméstica, como na dimensão internacional cooperando para um Direito Comum, pelo “espírito do mercado e pelo espírito dos Direitos do Homem” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 226).

Aponta-se, assim, a importância das relações jurídicas compreendidas na dimensão dos Direitos da pessoa humana em seu agir de bem e de mal, conforme retrata e é simbólica a lição jonasiense - “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 25), o que continua sendo a tônica da contemporaneidade, por mais que insistamos na tese de que o acesso a justiça, é cada vez mais um mecanismo garantidor de controle de segurança da tutela jurisdicional de direitos, cujo baluarte, é caro aos princípios democráticos, que não poderia bastar, a não ser pela garantia dos direitos, que é fundamento essencial da Democracia e do Estado de Direito, simbólico do pacto do princípio responsabilidade, do seu processo de especificação, no passo gradual de cada vez mais se ocupar da determinação de novos sujeitos titulares de direitos.

Na realização prática já restou provado que em uma sociedade histórica, os homens (co)rrespondem no sentido de que mais desejam ser livres do que serem escravos. De outro lado, sugerem que querem mandar ao invés de obedecer. Será por isto a lógica da

---

Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Joaquim Barbosa (sobre a discussão, matéria: STF - Gilmar Mendes X Joaquim Barbosa - abril/2009, disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=9xj-1YuYHv4&feature=related> Acesso em: 10 ago.2009), a respeito do julgamento de dois Embargos de Declaração, em que se discutiam a modulação dos efeitos de decisões. Ou seja, se ao declarar inconstitucional uma lei, ela é inválida a partir da decisão ou inválida (deixa de valer) desde o seu nascimento. A possibilidade de modular os efeitos da decisão tem como condão, segundo a discussão apresentada à sociedade, dar segurança jurídica à sociedade quando a declaração de inconstitucionalidade puder causar grandes impactos sociais. A progressão de regime para condenados por crimes hediondos é um exemplo dessa aplicação, sendo que, em tais casos, os ministros julgaram a proibição inconstitucional, mas determinaram que a lei somente seria inválida a partir do julgamento, posto não ser possível ressarcir quem já havia ficado preso em regime fechado por conta da lei. Entretanto, a sessão do dia 22 de abril, foi assim conduzida: no primeiro caso, os ministros julgavam a modulação dos efeitos de decisão que julgou inconstitucional lei paranaense que incluiu no sistema de previdência dos servidores os funcionários privados de cartórios. A Lei 12398, de 30/12/1998, foi declarada inconstitucional em 2006. Como o Supremo não se manifestou sobre os efeitos da decisão, o Governo do Paraná interpôs Embargos de Declaração com pedido para que o STF modulasse seus efeitos. Os ministros admitiram julgar os Embargos, mas os rejeitaram. Assim, a lei foi declarada inconstitucional desde sempre. (BRASIL, 2009). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=444933&tipo=TP&descricao=ADI%2F1956> Acesso em: 10 ago.2009.

dominação da natureza, do outro, dos povos e dos mercados, enquanto nos distanciamos da lógica da comunhão (dominação) do ser? Há mais ações de guerra<sup>256</sup> do que de paz, mais ações a obedecer do que planejar conjuntamente, menos no topo do que na base, enquanto que os homens de um modo geral preferem o justo ao injusto, a liberdade a escravidão, o bem ao mal. Isto não é paradoxal?

No dizer de Bobbio (1996, p. 9), o homem ama a igualdade e na mesma medida ama a hierarquia quando está em graus elevados. Mas há uma diferença entre os valores da liberdade e os da igualdade. Não é contraditório, ainda que impraticável, imaginar uma sociedade de livres e iguais onde todos sejam absolutamente livres e iguais. Ao contrário é contraditório conceber uma sociedade onde todos sejam poderosos ou hierarquicamente superiores. Uma sociedade que comunga do ideal de autoridade é dividida entre os poderosos e os não poderosos, razão porque ao imaginar um tipo de sociedade como esta, somente na condição de estar entre os poderosos, ela é desejada.

A despeito de todas as aparências, onde quer a vida pública e a sua lei de igualdade e de liberdade possam deter *status* de civilidade e de manutenção de seus direitos, se faltar aos homens a equalização de diferenças que advém do fato de gozarem da condição de cidadãos, o perigo decorre que possa produzir bárbaros no seio da sociedade, e, na esfera dos direitos, o paradoxo da perda dos direitos humanos, é que essa perda coincide “nada além da sua individualidade absoluta e singular, que, privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo o seu significado”. (ARENDDT, 1989, p.336). Portanto, a liberdade e a igualdade não são valores absolutos, mas assentam na dinâmica de uma igualdade fundamental, alheia a tensão filosófica, doutrinária e prática da questão.

De outro viés, exatamente porque se está a analisar a prática dos DDHH, notadamente o seu campo de disposição, no qual é esperado encontrar as condições para a sua afirmação, onde estão colocadas tais condições? Nos supermercados das leis? Ora, no dizer de Bobbio, o que distingue o momento atual dos anteriores é a forma de poder que na atualidade tem primazia sobre os demais. Se de um lado, a luta pelos direitos teve como adversários o poder religioso, depois o poder político e, após o poder econômico, na cena atual, as violações contra a vida, a segurança e a liberdade dão conta do poder das pessoas que recorrem a ciência em suas aplicações. O aumento do conhecimento exacerbou a possibilidade do homem

---

<sup>256</sup> Dos 3.400 anos de história da humanidade que podemos datar, 3.166 foram de guerra. Os restantes 234 não foram certamente de paz, mas de preparação para outra guerra. (BOFF, 2006, p. 24)

dominar a natureza e os seus de sua espécie (2007, p. 203-204). A prática dos DDHH pode depender somente da ciência?

#### **4.3.2 Os Limites e aporias em torno da (In)Efetividade e (In)Eficácia dos Direitos Humanos**

Os conflitos sociais e normativos com que têm deparado os DDHH, revelador de sua prática, e, nesta medida, tem servido de reflexão para um *optimum* de seus indicadores, um grau de especialização e uma argumentação dialética que se insere no pensamento e na ação de sua estratégia realizadora, notadamente, na medida de seus aportes teóricos.

Compreender quais as questões se apresentam decorrentes da ordem prática dos DDHH pode representar a eleição de pontos que deem conta da afirmação, do reconhecimento e da proteção de tais direitos, da mesma forma que antevê um modo de monitorar ou dar a conhecer os indicadores de seu progresso histórico. Imbuído deste sentido o capítulo segundo apresentou a tarefa protetiva em face dos DDHH, ocasião em que analisou os pontos dos questionamentos decorrentes da produção de sua normatividade. Aqui, nesta parte, cuida de dar conta da sua prática, e, desta forma, analisar nas quais as questões se apresentam decorrentes da construção teórica e prática dos DDHH e, assim, prever alguns pontos dos prováveis questionamentos decorrentes de seus vínculos, tais como a seguir são destacados pela grandeza de quem os registra, os quais a partir daí são e estarão sendo estabelecidos.

Neste sentido, é útil recordar a lição de Bobbio, a despeito da “enorme importância do tema dos direitos humanos depende de ele estar estreitamente ligado aos problemas fundamentais da nossa época: o da democracia e da paz”. Se de um lado o reconhecimento e a proteção dos DDHH estão na base das constituições democráticas, a paz é o suposto para a proteção efetiva de referidos direitos. (2007, p. 198-199).

Dentre as muitas citações que se pode recorrer para ilustrar o tema da democracia e da paz, dificilmente existirá quem possa tecer críticas a despeito de “que o ideal da paz perpétua só pode ser alcançado por meio de uma democratização progressiva do sistema internacional”, e, portanto, a relação de democratização não pode desatrelar-se “de uma

crecente, e cada vez mais eficaz, proteção aos direitos humanos por cima dos Estados”. (BOBBIO, 2007, p. 1999).

Para lá de sua importância no momento atual, o exame da implementação dos DDHH no contexto de sua prática deve completar-se com a realização sobre a eficácia e a efetividade das normas jurídicas. Ainda que tal tarefa se dê mais na esfera conceitual, entretanto, também as concepções de ordem normativa merecem realce, razão pela qual, põe-se a apresentar as distinções que decorrem de ambas, imbuída da tarefa de distinguir os dois termos para, assim, ter em conta as diferentes estratégias que decorrem da prática dos Direitos Humanos. Parte-se para a apresentação de uma e de outra.

Segundo Farinas Dulce a expressão eficácia na concepção de um jurista formalista, os problemas da eficácia das normas tem sido apresentados, tradicionalmente, em torno de se saber se as normas se aplicam ou não, diferenciando da aplicação voluntária aplicada pelos órgãos jurídico-estatais; os juristas dogmáticos – na linha de Kelsen – têm nominado de eficácia de primeiro e de segundo grau. Ao contrário, de acordo com a perspectiva sociológico-jurídica, a análise sobre a eficácia das normas legais consiste em averiguar os resultados ou objetivos sociais obtidos com a aplicação daquelas, isto é – se estes resultados coincidem ou não, total ou parcialmente, na seara do que fora proposto pelo legislador, ou se ao contrário, os efeitos se apresentam perversos, e neste caso os efeitos não pretendidos inicialmente por aqueles – efeitos não previstos mas que deveriam ter sido – ou ainda, efeitos não confessados pelo legislador (1997, p. 54-55).

Desta maneira, de acordo com o sentido que decorre da compreensão da eficácia, a norma realiza uma série de tarefas cujo intento é conseguir a realização das tarefas e se seguem servindo tal intento criador, se realizam as funções com a satisfação das necessidades para que foram criadas, o sentido é exatamente o da eficácia, qual seja, o de uma solução.

Quanto a efetividade das normas legais, o estudo em torno dela empreendido pelos juristas centra no estabelecimento da relação existente entre as exigências jurídico-formais e o curso social da mesma. Ao analisar o grau de desvio adequado aos comportamentos sociais das exigências legais, resta estabelecido segundo uma espécie de relação de causa-efeitos entre estas e aquelas, quais os fatores sociais que a motivam. Com isto, apuradas as causas sociais de um desvio, pode contribuir também para a determinação legal do alcance específico de um determinado direito fundamental (DULCE, 1997, p. 55) e com isto deflagrar a otimização e o refinamento da proteção dos DDHH, tanto material como

processual e a definição do lugar que há de ocupar a proteção das pessoas.

Por produção normativa na esfera de proteção dos Direitos Humanos, pertencente a historiografia de seu legado, aponta-se os documentos ilustrativos da produção de sua normatividade, e que certamente contribuíram para a especialização de sua respectiva produção, quais sejam, os documentos que antecederam as declarações de direitos das revoluções francesa<sup>257</sup> e americana<sup>258</sup>, quais sejam, na Península Ibérica, a Declaração da Corte de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra, a Magna Charta de 1215 (COMPARATO, 1999, p. 44), certo de que, tais documentos foram produzidos a partir de movimentos representativos de rupturas que vão levar ao rompimento dos vínculos políticos e espirituais entre a América e a Europa e que plasmaram muitas das tradições revolucionárias que seguirão o pensamento político revolucionário dos Séculos XIX e XX, em flagrante contraste ao pensamento político dos *philosophes*. (ARENDDT, 1988, p. 172-173).

Nesta linha, merecem destaques - ainda que tenham sido exaustivamente citados neste trabalho, mas aqui merecem a referência por conta de ilustrar a influência das revoluções - a Petição de Direitos de 1628, a Lei de Habeas Corpus de 1679, a Declaração de Direitos - “Bill of Rigts”, de 1689, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Norte-americana de 1776, e a Revolução Francesa de 1779, ambas deram base à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (reformulada em 1793) e que inspirou as Constituições Francesas de 1848 (Segunda República da França) e também a atual. Sua maior contribuição há de ter sido a base da DUDH proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. (HERKENHOFF, 2002, p. 49-51).

Bastante proveitosa é a observação de Hannah Arendt, a respeito da tradição revolucionária, tendo como exemplo a Revolução Americana que influenciou de forma significativa a “Revolução Francesa, a qual, na concepção de seus contemporâneos, jamais teria ocorrido, não fora o glorioso exemplo do outro lado do Atlântico” (1988, p. 172), e, da

---

<sup>257</sup>A Revolução Francesa teve lugar em razão de acontecimentos políticos e sociais que eclodiram entre 5 de Maio de 1789 e 9 de Novembro de 1799, na França. Seu *leitmotif*, na esfera interna, pretendeu discutir o Antigo Regime (*Ancien Régime*) e as autoridades do clero e da nobreza. Entretanto, sem dúvida, referida revolução sofreu influência do iluminismo e jamais teria ocorrido, não fosse o glorioso exemplo do outro lado do Atlântico representado pela Independência Americana (1776). (ARENDDT, 1988, p. 172).

<sup>258</sup>Hannah Arendt tem uma observação bastante pertinente a respeito da revolução americana, no sentido de que, após ter sido incorporada como uma das ocorrências mais comuns na vida política de quase todos os países, a não incorporação da revolução americana à tradição revolucionária, que começa a pagar um preço elevado pelo esquecimento a que a revolução foi relegada dentro da nação americana. Os Estados Unidos passou a existir não em função de uma “necessidade histórica”, mas em consequência da fundação da liberdade. (1988, p. 173)

mesma forma, não há de se esquecer que foi uma revolução que deu origem aos Estados Unidos, cuja consequência teve-se à fundação da liberdade. (ARENDR, 1988, p. 173).

Paulatinamente, tais documentos passaram a influenciar outros países, e, portanto contribuíram para o surgimento da Revolução Mexicana que conduziu à Constituição Mexicana de 1917, que proclama os direitos do trabalhador; da Revolução Russa, de 1918 que conduziu à declaração dos Direitos do Povo, dos Trabalhadores e dos Explorados; e, da Constituição de Weimar<sup>259</sup>, de 1919 (HERKENHOFF, 2002, p. 49-50).

Referidos documentos, representativos da dimensão social do constitucionalismo, colimaram por constituir o Estado Social de Direito, decorrente das aspirações do proletariado e que merecem ser citados como marcos da declaração dos direitos sociais e dos direitos individuais, tais como, em 1941, a Proclamação das Quatro Liberdades, de Roosevelt – a liberdade da palavra e da expressão, a liberdade de culto, a liberdade de não passar necessidade, e a liberdade de não sentir medo; em 1942, a Declaração das Nações Unidas (Washington); em 1943, as conclusões da Conferência de Moscou; 1944, as conclusões da Conferência de Dumbarton Oaks; 1945, as conclusões da Conferência de São Francisco. Finalmente, em 1948, foi proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos que é o mais importante documento pertinente aos Direitos Humanos (HERKENHOFF, 2002, p. 51).

Todos estes documentos são representativos do tema da normatividade tomada esta em seu sentido estrito senso, e são referidos na tônica de justificar a limitação do poder, porquanto correspondem ao sinal adequado de especialização de afirmação, promoção e de proteção dos Direitos Humanos.

Na expressão de Eduardo Faria, se os DDHH foram constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, os direitos sociais surgiram como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis e implicam em intervenção ativa e continuada dos poderes públicos, enquanto que a tarefa protetiva dos direitos individuais exige que o Estado não permita sua violação. (1994, p. 105).

De igual maneira, os acontecimentos antes citados marcaram lugar na construção dos DDHH, mas não devem ser tomados com o sentido de que prestam ao conceito de tais direitos

---

<sup>259</sup> A Constituição de Weimar distribuiu sua matéria de maneira dualista: na primeira parte apresenta a organização do Estado, enquanto a segunda parte traz a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm> Acesso em: 20 jun.2009.

embora possam auxiliar na construção de referido conceito, servindo-lhe de especialização e de marco na sua adequada proteção.

Sobre tais considerações, Sánchez Rubio refere que uma das restrições que limitam os Direitos Humanos se voltam a partir da generalização de uma de suas múltiplas dimensões, como é a normativa, a jurídica e a positiva, ou ainda, que tem uma perspectiva especializada onde priorizam a natureza humana pela simples razão lógico dedutiva. A pior de todas prioriza os DDHH na tônica de sua universalidade, segundo o ponto de vista moral e jurídico, ignorando sua faceta conflitiva, relacional, processual e de permanente dinâmica de construção espacio-temporal e contextual. (2007, p.162-163).

Tem-se ainda, sobre a mesma questão, Goyard-Fabre (1994, p.49) aduz que é evidente que a normatividade dos DDHH para além de sua natureza, não são direitos; não obedecem a natureza humana, ou a um condicionamento determinista. A sua juridicidade não pode resultar mais que da síntese da ideia de liberdade como ideal da natureza humana como realidade. Dito de outra maneira, a identidade própria do homem está pensada em função dos fins que a ideia de liberdade assegura a todo ser humano, ou, se prefere, está pensada na luz da ideia de liberdade como princípio regulador. Por isto os DDHH têm uma dimensão teleológica e equivalem a princípios de esperança.

De outro viés, Herkenhoff aponta que a recepção da democracia, porquanto espaço social de compreensão e promoção dos direitos marcou o primeiro grande salto na delimitação e conceitualização dos DDHH, derivados da constatação da fragilidade dos direitos liberais, na ausência de não satisfação de direitos básicos<sup>260</sup>, e, pouco a pouco, as democracias liberais, cedem às sociais, os países socialistas abandonam seus valores, cedendo ao capitalismo, de tal forma que os DDHH ampliaram a justaposição dos direitos econômicos e sociais aos direitos de liberdade, ampliando para os direitos dos povos, proclamados nos fóruns internacionais e não apenas os direitos da pessoa humana, e, nos dias atuais, não há somente DDHH decorrentes do Estado, mas há direitos reclamáveis pela pessoa em face dos grupos sociais e das estruturas econômicas, e direitos reclamáveis por grupos humanos e nações, em nome da pessoa humana, dentro da comunidade universal (2002, p. 51-54).

---

<sup>260</sup> O atual conceito de salário-mínimo introduzido no texto constitucional brasileiro é representativo do que pode ser reconhecido pelo Estado normativo de Direito porquanto necessidades primárias, ou direitos básicos. Vejamos, art. 7º, inc. IV, CRFB/1988: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim. (BRASIL, 2009a).

Häberle sobre os muitos tipos de direitos a merecer proteção, anota: A justiça entre novos e velhos, o respeito pela idade, a utilização de suas experiências são postulados, que os textos clássicos - desde Cícero até Shakespeare (Rei Lear), Herman Hesse até S. de Beauvoir sugerem. A sensibilidade para novos temas não somente se limita ao conteúdo, como também se mostra no âmbito da proteção processual dos direitos. Ademais, se presta a proteção em seu sentido amplo e jurídico pela razão de que, muitas vezes a proteção jurídica pode não se realizar, mas pode ser corrigida pela via informal, em um sistema de coordenadas – da teoria universalista de direitos humanos ao *status mundialis hominis* em uma cultura mundial diferenciada do Ocidente, do Oriente, do Norte e do Sul. (1994, p. 122-126).

Por conseguinte, a realidade dos Direitos Humanos na atualidade, pertinente a sua proteção, é tal que, a sua interpretação, para a qual acudiram necessários muitos anos de reflexão, projeta para a compreensão de sua efetividade e de sua eficácia, se faça acompanhada de um imperativo de ordem técnico-prática que consiste na presença de um marco interpretativo – a constatação de que os DDHH, apesar da pouca solidez, requerem mais de sua efetividade e de seu ideário, de tal forma que um sistema organizativo, de normas e de procedimento, de decisões e de competência possam se conjugar para um resultado – a existência de “uma resposta correta” que o caso prático requer.

Sobre o que foi dito no parágrafo anterior duas expressões merecem reflexão – “a interpretação” e a “resposta correta”. Muitos autores se ocuparam do tema, de forma isolada, ou não. De Kelsen, que cuidou da norma fundamental e da interpretação com a sua Teoria Pura do Direito (1976) à Dworkin com Levando os Direitos a Sério (2007) que se ocupou da tese da resposta correta, onde o Direito experimenta a guinada interpretativa, entretanto, neste estudo opta por considerar, para este aspecto a dimensão teórica de Peces-Barba (2004), pela conexão de sua pesquisa com os DDHH.

Então, sobre a resposta, a única resposta correta que se apresenta para todos os casos, segundo Peces-Barba Martínez (2004, p. 301-302), isto ocorre de duas maneiras. A primeira surge de um sistema racional, representado pelo jusnaturalismo racionalista e o positivismo, qual seja, desde o Direito Natural ao positivismo, com o constitucionalismo e sua codificação. A interpretação não será criativa, tão somente aplicativa e declarativa da única resposta correta. Os juízes carecem de discricionariedade, e estarão a margem do decisionismo, e também a margem da norma. O segundo tipo relativiza a existência de uma única resposta correta no sentido de que o sistema está aberto a sociedade e a moralidade e



que a linguagem das normas é a natural, mas é vaga e ambígua. Neste caso, a interpretação tem grande importância na criação do Direito, a partir dele mesmo e dentro das margens do ordenamento jurídico.

Quando se recorre a interpretação fazendo referência aos DDHH, para efeitos do presente estudo, têm-se em conta as seguintes perspectivas: a proteção da tarefa interpretativa e, também, a própria proteção dos DDHH. No primeiro caso recorre-se a interpretação, tendo como pano de fundo a proteção da norma constitucional<sup>261</sup> e a matéria dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico; no segundo, isto é feito sob a prerrogativa de uma interpretação dos DDHH que se desenvolve no ordenamento jurídico. Em ambas há uma preocupação – ou minimamente esta deve existir – a firme disposição de que não se trata de interpretação visando corrigir eventual transgressão a alguns princípios ou direitos fundamentais. Entretanto, isto sim, a orientação tem como fundamento o sentido que, os DDHH, ao contrário das normas de cunho infraconstitucional, não hão de estar submetidas a interpretação razoável, mas tão somente a melhor interpretação – a que atende a resposta e a atuação de tais direitos, a que atende não apenas a aplicação de preceitos normativos sujeitos à declaração de inconstitucionalidade, mas também a que envolve outras controvérsias, inclusive se for o caso, sujeitando-se serem submetidas à jurisdição constitucional de cunho doméstico e internacional.

---

<sup>261</sup> Sobre referida problemática, interessante situação restou deflagrada no voto-vista seguinte, do qual foram extraídos dois trechos: “[...] O que se questiona - e o caso dos autos é típico dessa controvérsia - é a extensão do conceito de "matéria constitucional" para o referido efeito”.

“[...] é equivocada a idéia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da *norma* com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o legislador comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as “inconstitucionalidades” podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não-compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender os direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desprezar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante. Ora, qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário no âmbito do que se denomina jurisdição constitucional, que consiste, essencialmente, na atividade do Estado-juiz de interpretar e aplicar a Constituição em seu sentido amplo. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais. (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 687.903 - RS (2006/0138478-0); VOTO-VISTA: Voto Vista, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI; AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. PRAZO DE VIGÊNCIA. SÚMULA 343/STF. NÃO-APLICAÇÃO. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3323313&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3323313&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=3&formato=PDF) Acesso em: 10 jan.2010

Em qualquer caso a proteção dos Direitos Humanos deve ser a tônica e, para ela também há uma medida – conferir os resultados apresentados na tarefa interpretativa a partir do binômio “eficácia e efetividade” e de acordo com o marco interpretativo teórico deste trabalho, a proteção deve ser referendada seguindo a lição do Direito Fraternal, qual seja, seguindo a compreensão de que os DDHH somente cumprem e atendem sua função se o modo de atuação de suas relações é adequadamente bem sucedido e usufrui de qualidade. Sem tais requisitos os resultados práticos dos Direitos Humanos se esgotam na lógica e não conferem qualificação as suas experiências.

#### **4.4 O Processo de Especificação dos Direitos Humanos: Vigiar, Proteger e Promover os Direitos Humanos: há lugar para a concretização/afirmação do Direito Fraternal(?)**

É tempo de ligar os fios de um longo argumento objetivando concluir a análise da afirmação e reafirmação dos Direitos Humanos na contemporaneidade. Para tanto, o marco teórico escolhido, o Direito Fraternal foi apresentado e analisado em conjunto com a concepção, fundamentos, matrizes teóricas e princípios fundantes, notadamente a fraternidade. A proposição e o resultado conseguiram encontrar dois pontos, um ponto de saída, e um de chegada: o ponto de saída - tudo começou com a DUDH em 1948 (BRASIL, 2009j), o de chegada – a afirmação dos DDHH na perspectiva do Direito Fraternal. Estes dois pontos, unidos, para lá da concepção diádica de Carl Schmitt do amigo-inimigo, analisado em subcapítulo anterior, fizeram surgir o terceiro ponto, qual seja, o “terceiro ausente” de que nos acusa Bobbio (2009) – ambas as questões já analisadas anteriormente, estas e todas as demais, requerem um enfrentamento, no sentido de “vigiar” – o “não farás para ti nenhuma imagem” o preceito cristão que é referido por Bobbio (2009, p. 14), ilustra a compreensão de que os Direitos Humanos requerem uma tarefa de afirmação, longe da condição de ícone,

requer uma profunda vivência no modo de tratar seus valores, sua compreensão teórica, os princípios de que lhes dão conta sua fundamentalidade.

Os “proteger e promover” – introduz a metáfora do que há de ser feito para formular e proteger os DDHH(?) na perspectiva de sua prestacionalidade (afirmação e concretude) – e que neste ponto estão sendo apresentados e enfrentados, para, assim, cumprirem a função de prestar reconhecimento a tais direitos na agenda contemporânea, notadamente na dimensão da fraternidade.

A despeito do que é central, do que tende a proteger e promover os DDHH, a questão que se apresenta, decorre de dois mundos, o da prática e o do campo teórico. A questão do campo teórico, afeita ao viés doutrinário, carece de várias interferências e observações - o que será feito logo mais, a partir da indicação de vários autores, cada qual com a qualidade de prestar contributo a dinâmica da proteção e da promoção.

A ordem prática nos faz entender que, desde quando os direitos são ditos pertencentes a tradução da heterogeneidade, considerados no conjunto da teoria jurídica, muitos direitos revelam-se incompatíveis sob a a lógica de que cobram proteção de um lado e restrição de outro. No dizer de Bobbio (2004, p. 64), nesse caso, o problema da proteção recai sobre uma sociedade justa e livre, a qual, enfrentada na dinâmica protetiva, percebe-se fracamente disposta e dotada de meios conclusivamente protetivos, ainda que tenha em seu arcabouço jurídico uma constituição rica em mecanismos garantidores, e que, mesmo com todo este aparato, percebe-se não atendendo o compromisso protetivo. Por isto mesmo, a sociedade real não é nem tão justa e nem tão igual quanto se acreditava. Portanto, liberdade e poder se apresentam incompatíveis, razão porque “o problema da efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligado ao desenvolvimento global da civilização humana” (BOBBIO, 2004, p. 64), cabendo por isto mesmo, a lição do código fraterno. Mas isto já é uma questão de ordem teórica do pensamento jurídico, ou será teórico-prática(?).

Com o compromisso de apresentar a proposição de ordem teórico-doutrinária em torno da dinâmica da proteção e promoção dos DDHH, a partir daqui o trabalho irá construir vários apontamentos em torno da lição de alguns autores. Para tanto, propõe-se inicialmente o contexto do estado da questão, e após, segue ao exame, comentários, e se for o caso, a crítica afeita ao campo doutrinário.

Por mais que se insista em um enquadramento teórico objetivando prestar um mínimo classificatório na compreensão dos Direitos Humanos, e, por mais que se insista em

uma delimitação doutrinária de compreensão, cujo fim não é outro senão a concretude de tais direitos, a dimensão prática, do senso jurídico crítico, tem insistido com lições contrárias, ou pelo menos adversas, ao estabelecimento de boas relações, que há de deixar perplexo até o mais indiferente cientista. São situações como as que a seguir são anotadas que ilustram a presente afirmativa, decorrente da relação capital *versus* trabalho, caracterizada pela servilidade e precariedade, quando não muito, ausência completa de direitos que no passado foram duramente conquistados por lutas sociais, o que certamente abala até o mais cético defensor do Direito Fraternal:

As grandes atrocidades contemporâneas – desde as inimagináveis agressões e destruição do meio ambiente, o crescente distanciamento e desigualdades entre pobres e ricos, o aumento em escalas cada vez maiores do número de pessoas que vivem abaixo da linha da miséria (estima-se, hoje, que mais de 1 bilhão e 100 milhões de pessoas estão nesta condição) – devem ser analisadas a partir da crítica aos resultados apresentados pela liberalização e financeirização do capitalismo pós-fordista, isto porque o parque fabril fordista é gradativamente substituído por um maquinário de alta tecnologia e de alta produtividade, necessitando de menos trabalhadores com uma produção maior (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 169).

Para abrir este ponto, registre-se que os direitos humanos, a mercê de um direito em constante construção, portanto, os DDHH são direitos que gozam de afirmação histórica<sup>262</sup>, cujo pertencimento na cena moderna ocupa a agenda dos direitos fundamentais e, da mesma maneira, tendo enfrentado o espaço do individualismo que se sustentou na idade moderna, cuja temática é representada pelo esforço da concepção individualista da sociedade; é certo concluir, retomando a lição de Bobbio<sup>263</sup>, que os DDHH se convertem em um dos

---

<sup>262</sup> Neste sentido, assim decidiu o STF: “A comunidade internacional, em 28 de julho de 1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de **afirmação histórica** dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do Direito das Gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles, que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos Povos e das Nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos.” (Ext 783-00-00, Rel. p/ o ac. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-01, Plenário, DJ de 14-11-03) (BRASIL, 2010, p. 27-28). (destacamos).

<sup>263</sup> Para Norberto Bobbio o enfrentamento do conceito dos Direitos Humanos ocorre a partir de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico (2004, p. 22). Registre-se, quanto aos dois primeiros aspectos, a temática foi examinada no capítulo primeiro.

principais indicadores do progresso histórico (2004, p. 22), os quais, no objetivo deste trabalho, são passíveis de se tornarem realidades, mediante um “processo de especificação”<sup>264</sup>, decorrentemente da complexa relação resultante do indivíduo-sujeito e o universo dos DDHH, entre situações de conflito e violação aos direitos individuais e coletivos e o “modelo” da fraternidade, que é o pilar sustentador do Direito Fraternal. É sobre esta temática que são traçadas as questões seguintes.

As lições de Bobbio (2009, p. 201 e 2004, p. 226) e de Peces-Barba, apresentam um legado – pertinente a presente pesquisa – no sentido de evoluir os direitos fundamentais<sup>265</sup> – de forma bastante próxima<sup>266</sup>, senão substitutiva dos direitos humanos – que é apresentado através de sua matriz teórica, na linha de processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação (2004, p. 103-134).

Convém aqui mais um esclarecimento quanto a adoção, eleição e referência aos Direitos Humanos, em respeito a matriz doutrinária dos referidos autores. Assim, a escolha da pesquisa guarda motivos próprios, já confirmados nos capítulos anteriores, e é tomada em face dos Direitos Humanos. Neste ponto do estudo, por opção e decorrente do conjunto da expressão de sua obra, a pesquisa elegeu a doutrina de Peces-Barba para ser tomada enquanto marco teórico. Ocorre, a matriz teórica de referido doutrinador, diversa desse estudo, recai pela expressão “direitos fundamentais”. Para tanto, aponta que, na sua lição, existem distintas palavras para expressar o conceito dos Direitos Humanos, tais como direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais ou direitos fundamentais, direitos individuais, direitos do cidadão, etc. Todos estes termos, conforme ele próprio reconhece, ainda que situados na modernidade, têm conexões culturais e explicações históricas, ideológicas e posições científicas ou filosóficas de fundo. Para que possam ser examinados, convém a escolha. A expressão Direitos Humanos é a mais comum, e usufrui de uma pretensão moral forte em função de uma vida humana digna. Por outro lado, tais direitos também são identificados enquanto sistema de direitos positivos. Entretanto, os direitos fundamentais são bem mais adequados, eis que isento de ambiguidades, não tem a carga de

---

<sup>264</sup> A pesquisa opta neste ponto por trabalhar a temática seguindo as indicações de Peces-Barba (2004, p. 120-129), principalmente.

<sup>265</sup> Referida expressão é examinada no subcapítulo 3.2.2, onde inclusive encontra-se adquadamente justificada a distinção de Direitos Humanos e de direitos fundamentais, conforme o caso.

<sup>266</sup> Para os que optam pela expressão “direitos fundamentais”, justifica-se a adoção de Peces-Barba (2004), porquanto de singular representação deles – direitos fundamentais, por eles mesmos. Nesta ótica, não justificaria a afirmação de substitutividade dos DDHH pelos direitos fundamentais e vice-versa. Há boas razões para tanto, e neste trabalho elas são apresentadas no subcapítulo 3.2.2.

direitos morais, naturais ou subjetivos e não favorece a nenhum tipo de substancialismo linguístico. (2004, p. 20-21 e 28-27).

Diversamente e nos termos já apresentados nos capítulos anteriores e, também, informado no parágrafo anterior, e neste segue reafirmado, este estudo opta pela adoção do neologismo Direitos Humanos e aqui, em razão das explicações prestadas, não há nenhuma crítica a indicação de Peces-Barba, que coincide com muitos outros na doutrina. Portanto, na sequência, apresenta-se o desdobramento dos direitos fundamentais, mas há de se fazer a devida associação com os Direitos Humanos.

Assim, na lição de Peces-Barba, a teor de sua opção pelos direitos fundamentais<sup>267</sup>, este apresenta referidos direitos a partir de quatro pontos, que são muito pertinentes quanto aos DDHH, pela proximidade, complementaridade e comunicação com ambas as temáticas: processo de positivação, que atende a feitura de um estatuto jurídico, em seus aspectos de formação filosófica até o positivismo e neles estão compreendidos a primeira geração (direitos a liberdade) (2004, p.105-107); processo de generalização, plasmado pelo fundamento de que o reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os demais são aproveitados. Representa a segunda geração (direitos sociais) (2004, p. 110-115); processo de internacionalização, o qual, refere-se a tentativa de universalização dos DDHH, no seu intento de internacionalizar os direitos humanos (2004, p. 115-119); e, o processo de especificação: refere-se a pessoa enquanto titular de direitos no caso e situação concreta (direitos difusos ou de terceira geração) (2004, p. 120-134).

As quatro dimensões denunciadas por Peces-Barba, traçam uma linha completa do que Bobbio, de outra forma, elencou na “A Era dos Direitos” (2004), especialmente esta, e

---

<sup>267</sup> Em julgado recente e rumoroso que chegou e tramitou perante o STF, é possível antever a opção quanto aos direitos fundamentais, qual seja, Extradicação nº 1085 / IT – ITÁLIA; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 26/06/2007; Partes: REQTE.(S): GOVERNO DA ITÁLIA; ADV.(A/S): ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES; EXTDO.(A/S): CESARE BATTISTI; ADV.(A/S): TATIANA ZENNI DE CARVALHO E OUTRO(A/S). Publicação: DJ 01/08/2007 PP-00072. Não se pode desconhecer, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado (Ext 917/República Francesa – Ext 977/República Portuguesa, v.g.), a propósito da posição jurídica do extraditando (que não é mero objeto de persecução penal), o que se segue: EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do "due process of law". (Ext 633/República Popular da China, Rel Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Acesso 25 jan.2010g.

também em outras obras há referências a tais aspectos<sup>268</sup>, e que, na fórmula bobbiana foi traduzida na concepção das três linhas de pensamento, o liberalismo, a democracia e o socialismo, a partir de dois problemas fundamentais da atualidade, “o problema da paz e o problema dos direitos do homem” (2009, p. 111) – neste caso, ambos tomados na dimensão dos Direitos Humanos, a mercê da pesquisa e, da mesma forma, em razão da dinâmica da tradução e, de igual sorte, pelo inusitado e pertinência com a pesquisa, o “problema do reconhecimento dos direitos do homem” (2009, p. 139). No conjunto de tais questões Bobbio ainda acresce as formulações da democracia e da paz, enquanto condições de cumprimento e de indispensabilidade ao atendimento da promessa da proteção dos DDHH.

As questões relativas aos Direitos Humanos de que nos fala Peces-Barba (1994, p. 209), abarcam três dimensões, a protetora, participativa e promocional ou prestacional, e estão a justificar os direitos individuais, civis e políticos, e a terceira, é a base dos direitos econômico-sociais e culturais.

Por isto mesmo, as questões pertinentes aos DDHH na seara de sua promoção e prestacionalidade – afirmação e concretude - são detentoras de um postulado histórico-jurídico, razão pela qual, o estabelecimento de tais direitos não decorre de hoje e estão no universo da discussão da atualidade. Adveio das doutrinas jusnaturalistas, passou pelas declarações dos direitos do homem, atravessou as constituições, e hoje pertence ao espaço da jurisdição constitucional, de onde decorre a exigência de uma atuação fundamental do princípio da maioria e da separação de poderes. Por mais que se insista nas várias limitações que daí possam advir, sobretudo em razão da legitimidade necessária para governar, e que pertencente a função da guarda constitucional, o princípio da maioria continua a ter plena validade na tarefa da democracia. Isso significa que, se tais processos estiveram no palco da história dos direitos do homem, de tal forma que evoluíram par-a-passo com os desdobramentos dos Direitos Humanos, esse fato dá autoridade para o seu entrelaçamento, o que confere certeza, e é forçoso concluir: o problema de tais direitos acompanha o nascimento, o desenvolvimento e a (re)afirmação do Estado de Direito, e, notadamente a linha

---

<sup>268</sup> Bobbio anota no Terceiro Ausente que, “Na história dos direitos do homem, foram se fortalecendo cada vez mais os três processos de evolução apresentados e comentados na *Introduzione generale* (...) antologia de documentos organizados por Gregorio Peces-Barba, *Derechos positivo de los derechos humanos* (...): positivação, generalização, internacionalização” (2009, p. 140). Curiosamente, Bobbio não faz referência ao quarto processo de que nos fala Peces-Barba, qual seja, o “processo de especificação” o que leva a crer, que o fez por modéstia, em razão de que, a lição peces-barbiana registra textualmente que, quanto ao processo de especificação, “*Utilizamos para identificarlo una terminología que propone N. Bobbio, proceso de especificación, aunque también podríamos hablar de proceso de concreción*” (2004, p. 120).

evolutiva, ou o desdobramento evolutivo histórico dos direitos fundamentais, a guisa de sua aproximação lingüística com os Direitos Humanos, conforme restou apontado no subcapítulo 3.2.2 deste estudo.

De outro lado, as questões decorrentes de sua proteção estão envolvidas com as questões de sua gênese, notadamente os problemas que guardam similitude com as questões jurídicas, as quais tomadas na dimensão dos DDHH, conforme é de se esperar, voltam-se também para a sua dinâmica histórica e política. Na linha deste trabalho, percebe-se da impossibilidade prática de separação drástica desses conceitos. Entretanto, há pontos que merecem o exame, a mercê de pertencimento a uma dinâmica que justifica a sua análise em separado. Entretanto, a resposta satisfatória, da matriz kantiana de compreensão de seguir em “direção do melhor” (s/d, p. 95), dá conta de que há boas razões para um resultado conjunto.

Passamos a analisar cada um desses processos a partir do legado peces-barbiano, ciente de que este comporta a terceira tese de Bobbio, conforme revela o próprio Peces-Barba<sup>269</sup> qual seja, “processo de especificação” ou “processo de concretização” (2004, p. 120). O processo de positivação decorre do jusnaturalismo racionalista, o que significa que os direitos são centrados no Estado de natureza da sociedade e no contrato social, assim como a sua justificativa, se dá através do Poder, cuja primeira função era criar o Direito. Portanto, a ideologia contratualista vincula “poder e direito” (PECES-BARBA, 2004, p. 105). Hobbes, tanto quanto Schmitt e até mesmo Kelsen comportam uma linha teórica que, pode-se dizer atenderam a matriz do processo positivista e tal processo, ainda que de forma distintas e em contextos diferentes contribuíram para a feição de uma correção do reducionismo racionalista, conforme assevera Peces-Barba (2004, p. 106), aceitando a existência de uma moralidade que é chamada de filosofia dos direitos fundamentais. É importante essa indicação porque os valores da filosofia sustentadores dos direitos, ao serem assumidos pelo Poder, conforme aponta Peces-Barba, supõe a origem da formação dos direitos, razão pela qual, quando se afirma que é o Poder que os criou, alija-se a complexa construção dos direitos fundamentais

---

<sup>269</sup> Para que não remanesçam dúvidas, anota-se o registro de Peces-Barba (2004, p. 120), a respeito, *in verbis*: Para entender la evolución histórica de los derechos fundametales hasta hoy, hay que añadir um cuarto fenómeno que produce serias mutaciones en el modelo occidental inicial. Utilizamos para identificarlo una terminologia que propone N. Bobbio, proceso de especificación, aunque también podríamos hablar de proceso de concreción. El proceso supone no sólo selección y matización de lo ya existente, sino aportación de nuevos elementos que enriquecen y completan lo anterior. El profesor italiano habla, en su trabajo *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, de “...una nueva línea de tendencia que se puede llamar especificación, consistente en el paso gradual cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los mismos...” .



em face do equilíbrio entre valores morais, Poder político e direito positivo. Todos, a seu modo, usufruem de autonomia entre si, sem hegemonia de nenhuma das três dimensões. (2004, p.106).

Indicam-se as características do processo de positivação, objetivando dar conta da sustentação evolutiva dos direitos fundamentais, eis que representativo do desdobramento dos Direitos Humanos, e com o sentido de elucidar historicamente a formação dos Direitos Humanos e prestar indicativos da sua afirmação na contemporaneidade. Pela expressão e representatividade e conjunto da obra, o estudo elegeu a pesquisa de Peces-Barba, conforme razões já apresentadas.

Peces-Barba refere que a tomada de consciência quanto a necessidade de dotar a idéia dos direitos, que apareceram historicamente como direitos naturais, em um estatuto jurídico, que permita sua aplicação eficaz e a proteção de seus titulares; a positivação apoia-se em dois ideais – o conceito moderno do poder e do direito, e a idéia do direito é a expressão do soberano e a fundamentação pacífica do poder que se situa na soberania como expressão do consenso popular; a idéia da positivação se encontra nos textos das colônias inglesa e norte-americana e no artigo 16 da Declaração Francesa de 1789. Constituição e direitos fundamentais, ou lei e direitos fundamentais expressam inicialmente o processo de positivação; é uma prova histórica inquestionável que os direitos que conhecemos são completados com a aplicação de uma norma positiva; a partir do Século XIX a positivação é considerada uma condição essencial para a existência dos direitos com eficácia social, de tal forma que, todos os textos constitucionais, que decorrem de um poder político democrático reconhecem os direitos fundamentais na condição de direitos positivos; no século XIX e Século XX cresce o fenômeno da positivação dos direitos fundamentais e a idéia de um direito reconhecido na lei avança para atender outras concepções, como a compreensão de que os direitos devem ser garantidos em caso de violação dos tribunais de justiça; a reflexão moral, política e jurídica incorporam outras compreensões teóricas das diversas correntes históricas; por último, a positivação dos direitos fundamentais ensejará interesse da filosofia jurídica dos distintos ramos da ciência do direito de tal forma que surge uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, inseparável da teoria moral e da teoria política. (2004, p. 108-109). Referidos direitos correspondem a primeira geração, indicativa dos direitos a liberdade.

O processo de generalização, segundo Peces-Barba corresponde ao ajuste entre as afirmações de que os direitos são naturais, e dizem respeito a todos os seres humanos. Neste

processo, resta identificado de uma vez por todas, a importância dos direitos como categoria histórica, enquanto expressão de todo o gênero humano, impulsionando uma formulação geral e abstrata, válida para todos os seres humanos. Referido processo comporta três grandes dimensões: a garantia de uma participação política igualitária; a configuração de uma nova geração de direitos fundamentais asseguradores da solidariedade e da igualdade e, por fim, a não fundamentalização do direito de propriedade. (2004, p. 111-113).

O processo de internacionalização comporta um processo, ainda que incompleto, e situado no âmbito jurídico da comunidade internacional, dependente da eficácia de um ordenamento para lhe dar sustentação. É quase impossível referir-se aos direitos fundamentais sem lograr uma dimensão internacional de tais direitos. É inegável a existência de um Direito Internacional, tal e como mostra a prática dos Estados, a jurisprudência interna e internacional e como tem admitido majoritariamente a doutrina. Na sua origem estão a luta contra a escravidão, o Direito Humanitário e, após a Segunda guerra mundial, tem-se o avanço na ordem e proteção dos direitos fundamentais, refletidos nos vários tratados e demais documentos internacionais, a respeito de seu reconhecimento e proteção internacional e o intento de internacionalizar referidos direitos. O alto grau de desenvolvimento normativo contrapõe-se as inúmeras incoerências que decorrem dos muitos documentos internacionais, e o fortalecimento de instrumentos fora do Estado, representados pelas multinacionais, em relação aos direitos dos trabalhadores, consumidores, redes de narcotraficantes e grupos terroristas, os quais se esperam, não deverá gerar maiores prejuízos ao avanço dos direitos fundamentais, notadamente no campo de sua esfera protetiva, econômica, cultural, educativa, comunicações, etc. (PECES-BARBA, 2004, p. 116-118).

Peces-Barba (2004, p. 118-119), na linha de um estudo do contratualismo clássico, explica que a origem da sociedade e do Estado, dá conta que a comunidade internacional se encontra em um estado de primitivismo. Este nível de primitivismo é comparável aos direitos nacionais da idade média, qual seja, no nível de filosofia dos direitos, mas não no direito positivo geracional, salvo a experiência da ONU, conselho de Estados Americanos. Na sociedade contemporânea, conforme se sabe, inexistem juízes, governo centralizado, legislador, de tal forma que a aplicação das normas decorre de uma fórmula descentralizada, plural e homogênea, que dificulta sobremaneira os direitos. Por isto mesmo, é visível que os direitos fundamentais necessitam de novos aportes na perspectiva da solidariedade e de considerações elementares da humanidade, fundamentalmente na esfera das

garantias, assim como o reconhecimento de direitos coletivos, de humanização e socialização e o processo de luta pela paz.

O quarto e último processo de que nos recomenda Gregorio Peces-Barba (2009, p. 120) é na verdade, uma terminologia de Bobbio, qual seja o processo de especificação, ou processo de concretização que consiste no passo gradual e evolução histórica de tal sorte e meio que cada vez mais detém a linha de incluir sujeitos titulares de direitos no caso e na situação concreta, o que justifica a perspectiva pelo viés da conexão ineludível com o conceito histórico, inserido na cultura política e jurídica moderna e, também, a moralidade tradicional dos direitos.

A conformação do processo de especificação, na obra de Bobbio, apresenta-se na proporção em que as suas reflexões apontam em direção a uma crise de busca e de fundamentos, o que pode ser presenciado nos seguintes pontos: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (2004, p. 43) e, da mesma forma, a pesquisa aponta também outro aspecto, qual seja, para a recorrente necessidade da “afirmação, em uma parte cada vez mais ampla no mundo, do Estado de direito” (2009, p. 140), a qual não é diferente da indicação de Warat, conquanto já destacada, “conquanto os processos decisórios necessitaram sempre apoiar algumas referências normativas para gerar decisões” (2010, p. 84), o que, quanto aos Direitos Humanos requerem o “componente da alteridade” (2010, p. 116) e, especialmente, “deixarem de serem vistos desde uma perspectiva exclusivamente normativista” (2010, p. 112).

Pertinente à fundamentação de Bobbio a mesma está centrada em três aspectos norteadores e justificadores – a DUDH; o valor e a afirmação histórica; e o consenso na justificativa de valores. Assim, o primeiro valor inicia-se com a “Declaração Universal de Direitos do Homem” (BRASIL, 2009j), a qual na matriz bobbiana, é a única prova de que um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado, e reconhecido o que pode ser medido pelo consenso de sua validade (2004, p. 46), qual seja, na medida de sua concretude. Por isto, estando sustentada na matriz da Declaração Universal (BRASIL, 2009j), igualmente também se completa na validade dos princípios da liberdade e da igualdade e do princípio da fraternidade, o qual curiosamente, dentre os três princípios que lhes dá suporte, é o único menos compreendido.

Aliás, sobre a DUDH (BRASIL, 2009j), em outro ponto da obra (convém aqui o

registro, pela forte ligação com os Direitos Humanos), Bobbio firma uma constatação e, também, um convite: leia a DUDH e depois olhe em torno de si. É de se reconhecer que, apesar de todos os esforços dos mais iluminados pensadores, o caminho a percorrer ainda é longo. A história humana, apensar de milênios, quando comparadas as inúmeras tarefas por fazer, talvez apenas começou. (2004, p. 64). Ora, este convite de Bobbio - “ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si” (2004, p. 64) - se bem compreendido, lança um olhar compromissado com quem está ao lado, que é o Outro, o amigo, o irmão, todos em uma dinâmica da fraternidade, o que confirma a fórmula Waratiana dos Direitos Humanos voltados à alteridade ou contrários a uma “cultura anestesiada” desses Direitos, qual seja, uma cultura de impotência, indolência, passividade e excessivamente conformista, conforme nos alerta David Sánchez Rúbio (2007).

O segundo modo referido por Bobbio tem a ver com o fato de que, qualquer valor, por mais evidente, quando submetido a verificação histórica, em um dado momento não o é mais. São exemplos dessa realidade, a nova concepção da propriedade, que deixou de frequentar os mais recentes documentos das Nações Unidas; e a tortura, que por séculos foi aceita como instrumento de poder e de ordem. Hoje em situação tal e muitas outras se propaga a não violência. (2004, p. 47).

O terceiro modo refere-se ao consenso na justificativa de valores, qual seja, quanto mais fundado e motivado, tanto mais é aceito. O argumento do consenso é certamente um fundamento histórico faticamente comprovado, razão porque, a DUDH pode ser acolhida como a maior prova histórica do consenso em torno de um sistema de valores, razão porque, pela primeira vez na história, um sistema de princípios fundamentais foi livre e expressamente aceito pelos respectivos governos, razão porque universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o destino futuro dos homens foi ali declarado. Depois dela, pode-se dizer que, da perspectiva histórica, a humanidade tem valores em comum, subjetivamente acolhido. (BOBBIO, 2004, p. 47-48).

Na atualidade a questão é um pouco diversa, talvez pela complexidade dos direitos que estão a cobrar titularidade. O que, aparentemente parece justificar a lentidão histórica dos direitos ali declarados. Paradoxalmente ao desenvolvimento interno, na presença internacional, a proteção e a promoção dos direitos custam a avançar. Tomada numa linha que pode ser dita de estagnação, a mercê de não avançar, a linha de expressão da comunidade internacional retrocede, mesmo com a imposição de um desenvolvimento que cobra avanços

urgentes, implicando na violação de direitos. Tanto as questões afeitas a segurança, a liberdade e ao progresso tecnológico, que são representativas das novas gerações de direitos, requerem apressadamente a assunção protetora, participativa e promocional (ou prestacional) dos Direitos Humanos. Negar o compromisso de responsabilidade para com esses direitos, no dizer de Bobbio (2007, p. 205) equivale a optar pelo domínio do Grande Irmão, enquanto a história está nos conduzindo para o domínio de um grande projeto – o projeto dos Direitos Humanos.

A maior dificuldade no desenvolvimento, reconhecimento e proteção efetiva dos direitos na dimensão da ordem internacional, para Peces-Barba (2004, p. 118), decorre da inexistência de um Poder político supranacional com poderes plenos no mesmo âmbito que se pretende estabelecer um ordenamento jurídico sobre esta matéria. A questão merece reflexão, a mercê de significativa para a afirmação dos DDHH.

Bobbio também apresenta uma reflexão a respeito, proposta na mesma linha, qual seja, a indicação da formação de um Estado universal e, em relação aos meios que podem servir para a realização de tal intento, duas propostas são apresentadas: os movimentos pela paz, qual seja, a ampliação de manifestações populares contra a corrida armamentista, e de outro lado, a continuação dos tratados diplomáticos através das soluções de cúpulas. (2009, p. 279). Há ainda uma terceira solução: o unipolarismo, ou seja, o velho ideal da paz perpétua pela formação do Estado universal. (*idem, ibidem*). Ademais, todo conflito tem um termo. Ou termina com a vitória de um dos rivais, ou com a intervenção de um Terceiro, ou acima, ou no meio, ou contra. Se pretender uma solução pacífica, é preciso um Terceiro, de confiança, no qual todos se submetem. (Bobbio, 2009, p. 280).

A teoria dos conflitos de que nos alerta Bobbio (2009, p. 288), na dimensão da figura do Terceiro, requer para sua análise uma questão de ordem prática, de onde se parte, da possibilidade da existência provável de um dado conflito, que é tomada na compreensão de que as relações entre indivíduos e entre grupos comportam relações típicas, cujo estado pode-se dizer ideal, ou não. Na segunda perspectiva (não ideal), encontram-se o estado polêmico, que requer um Terceiro excluído, e o estado agonístico, do Terceiro incluído. Nessa perspectiva, e tendo em conta a esfera dos DDHH, o Terceiro que figura no estado polêmico é aquele do Aliado, que se revela um Terceiro aparente, porque o aliado é o que se coloca ao lado de um ou dos demais contendores. Ele recebe a condição de aparente, porque enquanto não se apresentarem outros terceiros a situação continua diática, qual seja, estabelecida na

dinâmica de dois lados, razão pela qual, somente com o despontar do verdadeiro Terceiro, o que é o Neutro, o qual, não se colocando na fileira de nem um dos lados, comporta a passagem para um estado, que mesmo polêmico, não é mais diático e suporta a carga de completar o arco da triadicidade.

Tais figuras, ainda que por demais inusitadas para os padrões das relações na atualidade, a mercê de comporem nessas relações os Estados articulando-se nas suas relações entre si e entre outros Estados, na esfera e na dimensão da ordem internacional, bem por isto, na representatividade de buscar uma solução para o estabelecimento de relações, senão isentas de conflito, pelo menos, que se coloquem traduzidas sobre o manto da não guerra, razão porque, ainda que insignificante e pouco resolutiva, do ponto de vista da prática real, porém terá sido, minimamente uma boa articulação que não é dos minimizadores párticipes do processo, mas o é de um Terceiro, que antevê o fio, ainda que tênue, da possibilidade de um Terceiro acima das partes. De nada adianta, se não compreendermos a magnitude da tarefa, de que “falta o único Terceiro que poderia fazer com que a sociedade internacional saísse definitivamente do estado polêmico” (BOBBIO, 2009, p. 290).

Um bom argumento e que muito ilustra a condição em análise pode ser extraída do conflito entre o Estado da Palestina e o Estado de Israel<sup>270</sup>. De um lado tem-se a questão da destruição dos Estados, de outro o extermínio dos judeus e dos palestinos. Se tomados na lógica da radicalidade, da antítese e da oposição, aparentemente inexistente um Terceiro em condições para prestar “solução” a situação conflituosa. O que há é um mínimo de trégua, sem solução final. A lógica é a da incompatibilidade entre dois processos, entre dois mundos, entre dois modos de se estabelecer e de se organizar, de onde decorre que, na expressão de Bobbio (2009, p. 207), a conclusão de que todo tratado de paz é uma trégua que dura enquanto durar, que dura tanto quanto uma das partes considere que tenha chegado o momento de solucionar o problema do único jeito com que se soluciona um conflito radical, com a totalização dos próprios fins e com a nulificação dos fins alheios.

---

<sup>270</sup> Aqui convém uma breve constatação. A pesquisa refere aos dois Estados, o Estado de Israel e o Estado da Palestina, posto que distribuídos e organizados historicamente de forma tal, apesar dos conflitos e das contradições, no sentido e sentimento de respeito a ambos. Não se levou em consideração a referência ao Estado Palestino, que foi dividido em três partes, qual seja, o Estado de Israel, e as duas outras, a Faixa de Gaza e a Cisjordânia, em tese teria integrado o Estado Palestino-árabe. Portanto, em tese a referência é feita ao conjunto do Estado Palestino, com suas identidades, particularidades e qualidades, e da mesma forma, ao Estado de Israel, com suas identidades, particularidades e qualidades, desprezando-se por inúmeras razões que não cabe nesta pesquisa, uma análise mediante considerações de ordem jurídica, pertencente a órbita do Direito internacional.

Nem por isto, nem por qualquer outro argumento mais complexo ou mais simples, hão de serem afastadas a dinâmica da importância da paz ou da tentativa daqueles que pelejam em prol da não-violência, cujo exemplo pode-se dar na teoria e na prática ghandiana. Neste caso, convém indagar se tal opção apresenta-se enquanto uma legítima alternativa(?). Ou então, pode-se mirar nos seguidores da “educação para a paz” e, ainda, nas alternativas revolucionárias ou deflagradoras dos movimentos de guerra. Neste caso, traduz-se a lição de Bobbio que aponta a existência de “quatro tipos de guerra: legítima e legal; legítima e ilegal; ilegítima e legal; ilegítima e ilegal” (BOBBIO, 2003, p. 83), as quais encontram centradas na distinção de que a legitimidade é um requisito da titularidade de um direito; a legalidade, o exercício de direito. No juízo da legitimidade da guerra assenta-se o justo título (a justa causa) e no juízo da legalidade, assenta-se o exercício e a conduta da guerra. (BOBBIO, 2003, p. 82).

Frente ao raciocínio suso referido, indicativo de que as ações violentas encontram-se historicamente justificadas, mais ainda poder-se-ia usufruir da explicação doutrinária de Bobbio sob a indagação de que “A não-violência é uma alternativa?” (2003, p. 165) e nesta medida na concepção desta pesquisa, de que adiantaria o princípio da fraternidade(?) ou o estabelecimento do Direito Fraternal enquanto alternativa para a não violência(?).

Ora, socorre o legado Bobbiano, a partir de três alternativas por ele apresentadas para examinar a questão da violência: “o supra-Estado em relação à guerra externa, o método democrático em relação à guerra interna, a não-violência coletiva em relação à ação revolucionária” (2003, p. 178), quais sejam, ainda que por razões diferentes e particulares de cada um: o supra-Estado porque não dá conta de eliminar totalmente a violência; o democrático porque impede a obtenção dos fins que a ruptura violenta persegue; a não-violência coletiva porque não usufrui da mesma capacidade da violência coletiva e organizada (2003, p. 178).

De outro lado, há um dado que não há de passar despercebido, de que nos alerta Hannah Arendt, no sentido de que, desde o começo do século, teóricos da revolução têm sinalizado quanto as chances das revoluções decresceram significativamente na mesma medida do aumento da capacidade destrutiva das armas à disposição do governo, quadro este que tende a mudar se - e quando - as armas mudam de mãos, ou onde os comandos não são mais obedecidos, de forma a servir de sinal de que tudo depende do poder que está por trás da violência. Por isto mesmo, as revoluções têm o condão de revelar o quanto a obediência às leis, aos governantes e às instituições nada mais são do que manifestação de apoio e de

consentimento ao poder (2009b, p. 64-66). Por isto mesmo, apresenta-se significativo compreender – ou pelo menos tentar uma possível tradução em torno do princípio da fraternidade, até porque sua lógica ainda resta ser vivenciada. Assim, cabe mais uma vez indagar, como, quanto e de que forma o princípio da fraternidade(?) ou o Direito Fraterno podem contribuir e definir o grau de proposição para a não violência(?).

Recorre-se a uma figura de Bobbio para tentar obter uma análise ou uma consideração a respeito da proposição em testilha: “Quem tem um gato que arranha evite aprofundar-se em especulações sobre a natureza do gato para modificar seus instintos: corte-lhes as unhas” (Bobbio, 2003, p. 99). Qual é então a conclusão que a figura de Bobbio propõe sugerir se se levar em conta o princípio fraternidade? A resposta poderá surpreender e requer uma mudança de paradigma que está demonstrada pelo processo histórico: “o gato com as unhas cortadas, como fará ele para defender-se do menino que o atormenta” (2003, p. 99). O gato e as unhas cortadas representam o princípio da fraternidade e o Direito Fraterno; o defender-se é a situação a ser protegida; o menino representa as muitas situações de violência (o terror, a guerra, o conflito, ou inúmeros crimes, como os crimes contra a humanidade<sup>271</sup>). Assim, a resposta já foi revelada inúmeras vezes nos processos que são desencadeados nas relações dos povos, ou nos espaços de suas relações internas – nenhum deles alcançou o fim almejado de fazer cessar o problema da violência, e, por isto mesmo, continua sendo um dos terríveis problemas da atualidade, que, afetam de monta a afirmação dos DDHH.

Há ainda um dado revelador a respeito de tais questionamentos e ela tem referência com as questões da preservação da memória, qual seja, enquanto meio e categoria de reparação nos casos de responsabilidade das autoridades e, da mesma forma, enquanto cultura de preservação da memória coletiva, razão pela qual pode representar importante papel educativo. Por isto mesmo, se a cultura e a preservação da memória contra os abusos e atrocidades do passado não estão a alcançar a diminuição da violência em patamares que justifiquem o assentamento nos registros da governança e da governabilidade, pelo menos, compõem dados justificadores do progresso histórico de que nos conforta Bobbio em sua terceira tese e que são inauguradores da política do “para não esquecer” e “para nunca mais

---

<sup>271</sup> São crimes contra a humanidade, conforme incorporado ao debate político e jurídico, pelo Tribunal de Nuremberg: assassinatos, extermínio, escravidão, deportação e outros atos inumanos cometidos contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos e outros atos inumanos (SILVA, 2009, p.89-91) e, sem entrar no mérito se o Tribunal Penal Internacional reconhece ou não determinado ilícito e/ou conduta.



voltar a acontecer”, qual seja, do necessário monitoramento que assegura o universo dos assentamentos em torno da memória dos Direitos Humanos.

Sobre a força da memória e por mais que ainda não seja claro o estabelecimento de uma memória das atrocidades passadas e a criação de um Estado de Direito que se apresente estabilizado nas sociedades democráticas, Cançado Trindade (2007) admoesta que o conhecimento da memória “emerge fortalecida pelo despertar da consciência humana para a necessidade vital de recordar e reverenciar as vítimas da crueldade humana”.

Por isto, o problema da violência é tangencialmente o problema do terror<sup>272</sup>, e, de igual sorte o problema dos DDHH ou dos direitos fundamentais e de todas as outras aproximações lingüísticas, razão pela qual a resposta de um pode-se dar para o outro e vice-versa. Isto significa que, se continua sem alternativa, na agenda dos programas de Estados contemporâneos<sup>273</sup>, o problema da violência, igual destino terá os DDHH. Por isto, bastará olhar ao redor e o problema da violência estará a assaltar a história humana e os Direitos Humanos. Sendo assim é de vital importância cuidar para que as razões da violência sejam estancadas da história do homem.

Sobre tais questões, a lição de Hannah Arendt é convincente na medida em que alia poder e violência, qual seja, na sua lição, admite-se que é tentador pensar o poder na tradução de comando e obediência e, desta forma, equiparar poder e violência, na discussão e em torno de uma situação especial de poder, qual seja, o poder de governo, a teor de que, na esfera das relações internacionais e domésticos, a violência apresenta-se como o último recurso para conservar a estrutura de poder contra eventuais contestadores individuais, tanto em face do criminoso nativo, quanto do inimigo externo. (2009, p. 65).

---

<sup>272</sup> No presente trabalho a expressão é usada sem o compromisso de distinção rigorosa com o terrorismo. A justificativa decorre em grande medida da dificuldade doutrinária de conceituação de uma e outra e, também à “complexidade e permanente mutação do fenômeno terrorista” (CRUZ e DUARTE, 2009, p. 51). Sugere-se, ainda, uma definição, conforme anotada por Brant (2006, p. 384), no sentido de que o terror é “um estado de medo exacerbado” e terrorismo é um conjunto de ações direcionadas a produção do terror, com o objetivo de desencadear o medo exacerbado e de mudar condutas (Idem, ibidem, p. 384).

<sup>273</sup> Não é intenção e nem tão pouco uma crítica niilista contra as organizações que militam e tem em sua base metas e objetivos que visem minimizar as situações de violência no mundo. Ninguém haverá de negar a importância ímpar da ONU no processo de articulação dos Tratados Internacionais. Nem tão pouco, da OEA nas diversas organizações regionais. Igualmente, no que tange as empresas transnacionais ou às organizações não governamentais (ONG’s) são atores com decisiva atuação e influência no comportamento dos Estados, sendo porque, cada vez mais, tem merecido destaque e atenção no Estado de Direito. Por último, cabe referir quanto aos indivíduos, além de merecerem a plena proteção enquanto alvos do princípio da dignidade humana, razão pela qual detém particular importância enquanto protagonistas e vítimas da violência na ordem internacional e doméstica, razão porque, decorre essencialmente destes o sistema internacional de proteção, cuja finalidade é a promoção e a proteção dos Direitos Humanos.

Curioso é o registro de Sánchez Rubio a respeito da tendência do ser humano de conviver com uma trágica contradição: a opressão de seus semelhantes e a compadecer-se daqueles que sofrem, incitando-os a prestar ajuda. Referido auxílio, na esfera internacional, chama-se assistência humanitária e tem como finalidade colocar os seres humanos fora do alcance da violência e da privação dos direitos fundamentais, qual seja o dever de assistência começa com a responsabilidade de cada Estado de atender a seus cidadãos (2007, p. 138-139).

Com isto, o princípio humanitário tem resolvido a tensão decorrente da tendência de causar sofrimento e da tendência em aliviá-lo garantindo um mínimo de reconhecimento dirigido a todo ser humano e seu pertencimento a toda a humanidade inteira (Sanchez Rubio, 2007, p. 140). Por tais razões é que despontam dois sistemas normativos – o direito humanitário internacional, aplicável em situações de conflito armado e de emergência, e, que tem relação com as vítimas, procurando limitar o sofrimento e, de outro, o direito internacional dos Direitos Humanos, que é aplicado em situações de guerra e de paz e que tem relação com a proteção da pessoa e de seu desenvolvimento (idem, ibidem, p. 142), razão pela qual, tais direitos são complementares e pertencem a cartilha de direitos que visam a consolidação da dignidade humana, de forma a preencher o espaço do muito que se diz (discurso) e do pouco que se faz (atuação) visando impedir a violação e dar garantia de proteção aos Direitos Humanos.

Desta maneira, a questão protetiva na esfera dos Direitos Humanos, embora muito debatida, na tônica de não conseguir razoavelmente atendê-los, pode-se dizer que afasta a promocionalidade de tais direitos com a mesma medida que, por exemplo, alastram as guerras e a miséria. Por isto mesmo, as respostas do Direito Fraternal para as questões da violência propõem evitar resultados nefastos para a paz, para a Democracia, e para o Estado de Direito, os quais, comparados com a saga humana, ainda têm a sua frente um longo caminho a percorrer na construção da ordem jurídica visando a tomada de lado a favor do oprimido, razão pela qual, se faz imparcial na luta pela igualdade assente de todos os seres humanos, enquanto direito de ser assistido quando for necessário.

Com isto, dois modelos se apresentam na contemporaneidade. De um lado o modelo estatal, representado por normas do direito internacional humanitário e, de outro, o modelo normativo de proteção dos Direitos Humanos. Nem por isto, nem por qualquer outro argumento mais complexo ou mais simples – de cortar as unhas do gato, não de serem afastadas da dinâmica do “olhar em volta” e defender que a política da fraternidade, ao invés

de agredir, pode dar conta do pressuposto de que está apta a receber o selo da eficácia visando abrir novas vias ao caminho da pacificação e do exercício da não-violência de tal forma que baste “ uma atitude própria não só de uma ética da intenção, mas também de uma ética da responsabilidade”, as quais, se “são recentes, tão recentes que ainda não nos é dado conhecer seus possíveis desenvolvimentos” e podem indicar “um caminho aberto em direção ao futuro, também nas relações internacionais” (2003, p. 100-101).

Com o compromisso de cumprir o objetivo de examinar a afirmação dos DDHH sob o viés da proteção e da promoção, e assim dar vez e voz a concretização de tais direitos, na esfera de ordem teórico-doutrinária, é dada sequência ao legado de alguns autores, selecionados pelo conjunto e expressividade de ligação com o tema e que tem ocupado, com distinção, a teoria do direito contemporâneo, os quais, além de serem titulares notórios, comungam de tal convergência que serve de ilustração para a análise proposta, ou a um mínimo de controle que se antecipa ao resultado da situação protetiva e da sua dificuldade de concretização. Senão por isto, tais autores por si já mereceriam destaque, pelo contributo de pesquisa voltada pela denúncia firmada na aceção da teoria crítica e quanto ao recorte escolhido, e, aqui, convém ser dito – tais autores examinam a questão do debate teórico que se assenta no conflito estabelecido no aporte dos DDHH.

Conforme já apresentado neste trabalho, e que é fato, o credo dos DDHH, erguido sobre a dimensão da Revolução Francesa, se assenta em torno de uma tríade de ideais: *liberté et égalité* e *fraternité*, mas não há de se esquecer que, a despeito de constar expressamente no artigo primeiro da DUDH, que tem como base os mesmos princípios ali contidos, da mesma forma na DUDH, há também um catálogo inteiro de Direitos Humanos de Segunda Geração assentados na parte conclusiva, qual seja, nos artigos 22 a 28, tais como sustento básico, habitação, cuidados médicos, assistência e previdência sociais, treinamento e educação e o direito de participar da vida cultural (DENNINGER, 2003, p. 21).

Denninger (2003, p. 25) “avança” em sua pesquisa e apresenta uma nova tríade de ideais, segundo ele de conotação política e, especialmente constitucionais, a saber: segurança, diversidade e solidariedade, os quais sucederiam (ou substituiriam) em uma quebra de paradigma, os princípios sustentadores do artigo primeiro da DUDH: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos. Eles são dotados de razão e

consciência e devem agir com espírito de fraternidade em relação uns aos outros”. (BRASIL, 2009) .

Os motivos para tanto, em que pesem as críticas, de cujo exemplo Michel Rosenfeld (2003) pode ser destacado, foram registrados habilmente por Denninger, os quais são informados em uma breve síntese a seguir exposta. “A igual participação em uma razão universal compartilhada devia, a princípio, garantir o conteúdo “correto” e “justiça” do direito”, eis que a idéia de que todos podem ser igualmente afetados é uma não verdade (2003, p. 27).

A justificativa conforme comenta Denninger, decorre da distância entre tal ideal e os da Revolução Francesa de liberdade e igualdade: por direitos iguais à desigualdade desponta um novo desejo, o desejo por diversidade. De igual sorte, entre o velho e o novo ideal de igualdade decorre uma tensa relação, eis que no novo ideal, clama-se por uma coexistência plural, que são feitas presentes na cena constitucional e política. Assim, no contexto de novas demandas estas não mais se assentam na base da universalidade e, sim, deslocam seu interesse, frente a possibilidade de coexistência e da comunhão de particularidades, razão porque, a tolerância requer a cooperação ativa com o “outro” da mesma forma que com os estranhos. A compensação normativa, segundo ele, decorre do princípio da solidariedade – “que não é usado apenas para decorar preâmbulos”, e que alcançou dispositivos constitucionais suplementares e protetivos, além do objetivo educacional. (2003, p. 27-34)

A solidariedade desperta para o sentido de mostrar decência em relação aos outros, respeitar o espírito comum e a transcendência do jurídico para as esferas ética e moral. A solidariedade, no dizer de Denninger (2003, p.35-36), não contém limites substantivos ou pessoais, ela refere à humanidade, ela conhece o outro como um “Outro” e até mesmo um “Estranho” – esta seria, na sua lição, a distinção de solidariedade e fraternidade. E ratifica, a fraternidade enfatiza o sentimento, a solidariedade um vínculo de sentimento; a distinção reconhece a rejeição do sistema de valor universais e a renúncia de nos fazermos iguais aos outros, tanto em poses quanto em consciência.

Por último, é apresentada a segurança, e esta não significa mais a certeza da liberdade do cidadão individual, mas o prospecto da atividade ilimitada em favor da defesa

da proteção. O contraste do outro concreto e do outro generalizado não se justifica sob o prisma da teoria constitucional eis que esta decorre de um processo de contínua efetividade normativa relacionada uma comunidade concreta e historicamente assentadas na tradição, valores, idéias e necessidades que dão a imagem do sistema jurídico. (DENNINGER, 2003, p.37-38).

Apresentando crítica a problemática denningeriana, Michel Rosenfeld (2007, p. 43-79) confronta o novo paradigma de Denninger, começando por reconhecê-la na condição de controversa. E argumenta que nada justifica uma “nova visão constitucional baseada na segurança material, diversidade e solidariedade” e acrescenta que, ela seria rejeitada até nos Estados Unidos, uma vez que a Constituição americana é firmemente ligada a tradição do Século XVIII, na ideologia de Locke, e a América tem resguardado o individualismo liberal contrários a uma genuína busca por solidariedade e diversidade. (2007, p. 43).

O ponto de discussão que persiste entre Rosenfeld (2007) e Erhard Denninger(2007) reside no fato de que, diversamente de Denninger, Michel Rosenfeld não acolhe a sustentação de “equacionar diversidade com igualdade material”, e pelo contrário, o constitucionalismo moderno, instituiu a igualdade prescritiva como fundamento último de que todos os humanos são inerentemente iguais como seres humanos, a despeito de suas diferenças. (2007, p. 59-61).

Em uma breve síntese, Rosenfeld anota assim a questão de forma a justificar a manutenção dos princípios da liberdade e igualdade: associação da diferença com a desigualdade; promoção da igualdade como identidade; busca da igualdade como diferença. (2007, p. 60). Em termos amplos, pode-se dizer que a tríade clássica sustenta a tese do conceito de constituição como a expressão do contrato social e neste sentido liberdade e igualdade estariam a representar tanto as precondições da legitimidade do contrato social quanto o mínimo que qualquer contratante gostaria de assegurar para negociar, concluir o pacto e se afastar de um estado pré-constitucional em favor de uma ordem constitucional. (2007, p. 71)

A fraternidade, contudo, na discussão em comento pode cobrar outro raciocínio, mais amplo que circunstanciado a mercê de que tal valor frequenta muito mais a dimensão Estado-Nação ao invés de permanecer restrita a uma escala regional ou localizada e até

mesmo com o sentido global amplo. Rosenfeld presta uma valorosa contribuição neste sentido (2007, p. 72) ao alertar que, possivelmente isto se dá decorrentemente de que os vínculos fraternais são difíceis de serem concebidos na ausência de vínculos étnicos, linguísticos, éticos, culturais ou geográficos mais estreitos. Na ausência de qualquer deles dificilmente as pessoas concordariam em estar vinculadas mutuamente por um valor, ou regra comum até porque o contrato social é movido por uma constante tensão de onde sobressai a competição e não o vínculo fraternal.

Se a situação se inverte, qual seja, se os vínculos fraternais se sobressaírem de tal forma que forem dominantes, ou a sociedade se deixar tomar por uma grande onda de harmonia utópica, ou todos submetem ao grande poder do irmão (neste caso ter-se-ia cumprido a meta dos que justificam a fraternidade enquanto sentimento, ou caminho entre a política e a religião, ou simplesmente uma campanha religiosa). De uma maneira ou de outra, a ordem constitucional deixará de ter sentido. (ROSENFELD, 2007, p.72).

Então qual será o caminho lógico (ou possível) para a manutenção da ordem ou a restauração da justiça constitucional? Registre-se que a indagação é proposta tendo como pano de fundo a fraternidade, eis que esta pertence a temática da presente pesquisa.

Neste ponto, a questão da afirmação dos DDHH, notadamente quanto aos seus valores fundamentais, tanto principiológicos – no caso, em razão deste estudo, voltado para a fraternidade – e também na dinâmica de sua proteção e prestacionalidade, será examinada a partir do legado de Jürgen Habermas (2004, p. 309-397)<sup>274</sup> que contrapôs a matriz teórica de Denninger (2003), na tentativa de substituir a tríade da “liberdade, igualdade e fraternidade” para a “segurança, diversidade e solidariedade” e, para tanto, adiante-se o resultado da questão: Habermas (2004) contradiz a afirmativa de Denninger (2003), justificando que referida tríade não suplanta a tríade tradicional, e singelamente cuida de tornar explícito o que é inerente as circunstâncias atuais. Ademais, é preciso perceber que toda mudança de paradigma, quer na ciência, ou na vida, não acontece sem resistência e quando chega, trás o sinal da libertação e da compreensão para o horizonte que se descortina. Afinal, nem todos podem estar preparados para o esgotamento de um estado de coisas, e o reconhecimento do

---

<sup>274</sup> O presente texto, trata-se de um apêndice referente a “Facticidade e Validação: réplica às comunicações em um Simpósio da Cardozo Law Scholl” (2004, p. 309-397) introduzido na obra “A inclusão do Outro: estudos de teoria política”, de autoria de Jürgen Habermas (2004) e que constam da referência deste.

quadro que alterou e a compreensão do novo que insiste em ocupar seu lugar, ainda que isto se dê na esfera da ciência.

Na verdade, Erhard Denninger (2003) é um articulador teórico ocupado com a transformação de um modelo de constituição tradicional para uma concepção de Constituição que se apresenta na passagem de uma fundamentação liberal para uma fundamentação de Estado de bem-estar social. Denninger percebe essa transformação e, por isto mesmo, irrompe com uma nova proposta, de sucessão de princípios e dos direitos fundamentais, “substituindo” as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade com os postulados de segurança, diversidade e solidariedade. Essas idéias sugerem um tal modo que os direitos fundamentais sociais e culturais, bem como as aspirações ecológicas, são promulgados como finalidades codificadas, positivadas, do Estado; ou seja, não como direitos subjetivos, mas como finalidades objetivas da política governamental.

A liberdade, igualdade e fraternidade são constitutivas de uma ordem jurídica não solidária voltada para uma maximização da liberdade. Segundo Denninger, as idéias clássicas assentam-se a um modelo de contrato social no qual a Constituição decorre de um acordo, ou no dizer de Habermas (2004, p. 358), o “ponto de referência do compreender são as condições para um acordo mútuo possível”, onde a base do acordo mútuo reside no reconhecimento intersubjetivo de uma reivindicação de validação.

Na medida em que a tarefa política voltou-se para o reconhecimento, outros princípios precisariam entrar em cena, não com a finalidade substitutiva, mas com a função complementar. Isto deu conta de uma alteração no espectro normativo da garantia de liberdades subjetivas para a consecução de finalidades, de objetivos, específicos, o que, no dizer de Denninger, justificaria a existência de um modelo fundado na solidariedade. Habermas (2004) discorda sob o argumento de que o modelo mais adequado é o do discurso público, no qual, participantes livres e iguais, chegam a um acordo quanto aos direitos e quais direitos eles devem reciprocamente se reconhecer e se querem legitimamente reger suas vidas por meio do Direito.

Rosenfeld (2003, p. 74-75) a despeito da mudança da tríade pretendida por Denninger, refere que, na melhor das hipóteses, o direito à segurança deveria assumir a forma de uma exortação normativa e constitucionalmente fundada em uma ação do Estado, não um direito constitucional e, tal situação, estende-se também quanto a mudança de uma fraternidade limitada e obsoleta para uma solidariedade mais versátil, eis que, não alcançado

os objetivos propostos. E, conclui, a solidariedade de Denninger pode criar um vínculo afetivo fraco demais para justificar os sacrifícios exigidos para que se mantenha uma ordem constitucional funcional. O papel fundamental da fraternidade na manutenção da unidade de uma comunidade política não deve ser subestimado. (2003, p. 77).

Frente a tal quadro, buscar nos direitos humanos e nos direitos de cidadania a idéia de dignidade humana é insuficiente, na medida em que o processo dessa universalização desconhece o aspecto intersubjetivo da relação humana, de tal forma que a introdução da tríade adicional, ainda que se diga o contrário, volta-se para os conceitos básicos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Dessa maneira, o debate teórico que decorre do enfrentamento da mudança da tríade, deu resultados contrários aos esperados por Denninger, serviu apenas para abrigar os valores firmados pela DUDH, razão porque “diversidade, segurança e solidariedade” não devem ser tratadas enquanto valores básicos fundantes de uma nova ordem.

Ademais, sob a lógica de que liberdade, igualdade e fraternidade, são valores fundamentais da DUDH, que é o documento de maior expressão pública, tendo dela participado uma assembléia quase universal, razão porque legitimamente reconhecidos. Negar referido atributo, é igualmente negar o reconhecimento de que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* representa a máxima consciência a que o homem chegou, na esfera jurídico político (BOBBIO, 2009, p. 97), razão que leva a conclusão incontestada da manutenção de seus valores.

No afã de oferecer contexto a questão da tríade, expõe o espaço doméstico, na medida em que novamente é proposto um novo plano na esfera dos Direitos Humanos, no caso o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3) e que tem como escopo os valores assentados na DUDH.

Há de se dar destaque aos programas de proteção e de promoção dos DDHH, pertencente a cena política atual, eis que certificadora de um bom exemplo do que acaba de ser afirmado no parágrafo anterior, e, também, ilustrativo das questões afeitas aos indicadores do progresso histórico – analisado no subcapítulo 4.3. Neste sentido, convém primeiramente um breve esboço objetivando dar contexto ao nascimento dos três programas da tarefa política do Estado nacional reservada a auxiliar a concretude dos DDHH.

Significativo e por demais representativo do processo histórico de consolidação no sentido de concretizar e avançar na promoção dos Direitos Humanos, com destaques para a



transversalidade e inter-ministerialidade de suas diretrizes, e objetivos estratégicos e ações programáticas voltadas para a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos, e, sobretudo, forte na determinação decorrente da Conferência de Viena (BRASIL, 2009f), realizada em 1993, no sentido de que os Direitos Humanos passassem a ocupar a agenda programática de ação dos Estados nacionais, o Estado Brasileiro lançou o Programa Nacional de Direitos Humanos versão 3, decorrente do Decreto nº 7037, de 21 de dezembro de 2009 e que sucedeu o PNDH II, e PNDH I, respectivamente, decorrentes de diretrizes nacionais orientadoras da atuação do poder público, e que começaram a ocorrer formalmente, a partir de 1996, ano do primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH I. O último programa teve sua representatividade ligadas as demandas sociais, com ênfase na garantia dos direitos civis e políticos. Em 2002, o Programa foi revisado e sucedido pelo PNDH II, e, então, incorporados a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais (BRASIL, SEDH/PR, 2010f).

Enquanto política de Estado o PNDH-3 encontra-se alicerçado em seis eixos orientadores, quais sejam, Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil; Desenvolvimento e Direitos Humanos; Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades; Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência; Educação e Cultura em Direitos Humanos; Direito à Memória e à Verdade<sup>275</sup>, os quais foram subdivididos em 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas, que incorporam ou refletem os 7 eixos, 36 diretrizes e 700 resoluções aprovadas na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Brasília entre 15 e 18 de dezembro de 2008, como coroamento do processo desenvolvido no âmbito local, regional e estadual. Na medida em que convoca os agentes públicos e todos os cidadãos na assunção de responsabilidade em prol da efetivação dos Direitos Humanos no país, a temática da Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil inicia o Programa, que é instrumentalizado no compromisso compartilhado e

---

<sup>275</sup>Cançado Trindade a respeito do Direito a memória dá destaque quanto a força que emerge do despertar da consciência em prol da necessidade de recordar e reverenciar as vítimas da crueldade humana, e anuncia as dificuldades referentes ao direito à memória, quais sejam, os memoriais não garantem que os abusos e atrocidades do passado voltem a ocorrer; nem sempre há consenso quanto a inclusão das vítimas; a percepção dos eventos históricos sobre alteração com o tempo; não resta claro a correlação entre a construção de uma memória ligada as atrocidades e a criação de um Estado de Direito. (2007, p. 47-48). Com igual sentido, anuncia Galvão (2009, p.456): “A proteção oferecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito à determinação de adoção de medidas, por parte dos Estados que assegurem a homenagem às vítimas e a conscientização da população representa um enfrentamento contra o esquecimento. A batalha que se trava, então, é pela defesa dos direitos humanos por meio da defesa do direito à memória”.

na participação social da construção e monitoramento das distintas políticas públicas, essenciais para que a consolidação dos Direitos Humanos seja substantiva e legitimamente democrática (BRASIL, SEDH/PR, 2010f).

Aliás, não há de se negar a política atual, reservada ao Programa Nacional dos Direitos Humanos – PNDH-3, cuja importância se avizinha, no sentido de que, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos deve transformar-se numa agenda do Estado brasileiro, tendo como fundamentos os compromissos internacionais assumidos pelo país<sup>276</sup> segundo uma dinâmica de Estado nacional e comunidade internacional. Bem por isto, a responsabilidade do Estado brasileiro frente aos tratados internacionais deve ser assumida pelos três poderes, nos diferentes níveis da federação, cabendo ao Executivo Federal a atribuição de responder pelo seu cumprimento. Justificam-se, assim, na esfera do PNDH-3, as recomendações feitas aos outros entes federados e demais poderes republicanos. (BRASIL, SEDH/PR, 2010f).

O paradigma no qual move os DDHH é constitutivo da agenda celebrada no espaço da Constituição nacional e no espaço da comunidade internacional. Separá-los é desprezar a tarefa que lhes cabe, enquanto atribuição de todos os agentes públicos, de todos os cidadãos e da mesma forma, responsabilidade e atribuição de todos os Poderes, do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que não isenta sequer as três esferas administrativas do Estado – é uma exigência tal que, enquanto disposição política, lhe cabe missão precípua para que sejam alcançados e efetivados como política de Estado, no caso, política voltada a prevalência dos Direitos Humanos<sup>277</sup>. Referida atribuição, consta da determinação do PNDH-3. (BRASIL, SEDH/PR, 2010f).

Aponta-se, assim, a importância das relações jurídicas tomadas na dimensão dos Direitos da pessoa humana - “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 25), o

---

<sup>276</sup> Flávia Piovesan (2002, p. 253-283), registra um importante “inventário” dos casos envolvendo o Brasil, com trâmite na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dos quais destacam-se: O primeiro caso em que o Brasil foi representado- o pagamento de contribuições sociais por parte dos aposentados; situações de violência decorrente de latifúndios rurais, e, notadamente, no espaço privado, de violência doméstica contra a mulher e de discriminação racial.

<sup>277</sup> Neste sentido, tem-se a decisão seguinte, produzida na esfera do STF: "No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem." (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, Plenário, DJ de 19-3-04). (BRASIL, 2010, p. 27).

que continua sendo a tônica da contemporaneidade, por mais que insistamos na tese de que o reconhecimento dos DDHH segue sendo um mecanismo garantidor de controle de segurança da tutela jurisdicional de direitos, cujo baluarte, é caro aos princípios democráticos, que não poderia bastar, a não ser pela garantia dos direitos, que é fundamento essencial da Democracia e do Estado de Direito, simbólico do pacto de responsabilidade, do seu processo de especificação, no passo gradual de cada vez mais se ocupar da determinação de novos sujeitos titulares de direitos.

Da observação que se instala tendo em conta os objetivos de vigiar, proteger e promover, se pode ver que no passado a tarefa dos DDHH, mais do que pertencer a uma concepção histórica de direitos do homem – sujeito histórico, depois direitos da pessoa, justificadora de um grau de dignidade humana e, após, no caso do Brasil, especialmente, com a CRFB/1988, e o PNDH-3, os quais se voltam para os sujeitos de direitos – (atores sociais) e os titulares (cidadãos), e, por último, a promoção do homem fraterno e o estabelecimento deste ser “outramente”<sup>278</sup>, alicerçado na fraternidade, princípio sustentador do Direito Fraterno, qual seja, “um direito que rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, sociedade e direito” (VIAL, 2006, p. 182), o que não significa uma concepção anárquica de negação do Estado, a tarefa que se nos avizinha, em torno da legitimação do poder fazer, estruturar e dever doar no desafio de co-dividir a concretude dos Direitos Humanos.

Ora, na dimensão dos Direitos Humanos em contado com a concepção do Direito Fraterno, conforme anunciado por Resta (2004), tendo os Direitos Humanos existência ligada a humanidade, não se deve esquecer que somente a humanidade pode praticar a violação desses direitos. Neste ponto, reside o questionamento do não compromisso de seguir, vigiar e proteger os Direitos Humanos, justamente pela não fraternidade, pelo estabelecimento de redes que separam e que não tecem instrumentos de resolução do conflito, mas nimbam a fraternidade e realçam a “violência” na busca de solução do conflito. Tudo isto, segundo a velha fórmula da legitimidade da ordem jurídica justa.

---

<sup>278</sup> Expressão utilizada por Paul Ricoeur e Alain Touraine (ver referências), para referir e tratar o **Outro**, na concepção de relação entre o eu (o Ser) com o outro, isto é, seguindo o discurso interpretativo de Touraine “o sujeito só pode formar-se caso ele igualmente aprende a reconhecer os outros e suas diferenças” (2009, p.201). Ou, ainda, nos moldes Ricoeuriano o neologismo “outramente” foi adotado para traduzir o *autrement* de Lévinas, conforme consta da obra de Ricoeur (Advertência, 2008), “o si-mesmo como outro” (2008, p. 9).

Ultrapassar esses sinais e tecer redes de “Direito Fraternal”, avocando uma capacidade que, enquanto humanos, estamos prontos para dar aos Direitos Humanos, e que convém emprestar-lhes em prol de um novo horizonte de fraternidade, de possibilidades de doação e de sentidos à auto-compreensão do homem e à sociedade, ao mundo e à vida, e, principalmente ao outro e aos outros, e todas as outras e outras, de forma mais ampla, rica e complexa do que o estado anterior, até então vivenciado. Tal situação ilustrativa do Direito Fraternal é um convite de saltos, de mudanças e de quebra de paradigma. Saltar para além da linha do paradigma atual, para além do que a gênese dos Direitos Humanos pode até então representar, implica reconhecer, por um lado, o caráter finito, precário e falível da condição humana, mas de outro tem o assentamento da amizade, do empenho humano de estabelecer fraternidade, e de firmar o convite do diálogo, quem sabe do “*Warum Krieg?*”<sup>279</sup> (Por que a guerra?). Alguém aposta?

---

<sup>279</sup> Resta revela em sua obra (2004, p. 40-41), o diálogo que se estabeleceu entre Freud e Einstein a respeito das razões da guerra em torno da sociedade contemporânea e da discussão de suas contradições, de onde nasceu um texto – um grande clássico, tecido sobre o viés da dialética do confronto, o que confere ao texto uma profundidade que o tratado científico não pode dar-lhe: o que está em jogo nos desdobramentos desta reflexão são a guerra, as formas autodestrutivas, a tessitura paciente da paz por parte das instituições políticas, o desencantamento, o trabalho quotidiano das burocracias sem alma, as utopias e os encorajamentos ideais, as paixões e as tantas razões pelas quais vale a pena realizar esforços comuns. Resta observar que a preocupação que moveu Einstein, que não ficou restrita a sua condição de intelectual e cientista, mas de um cidadão de seu tempo, que percebia a impossibilidade de desrespeitar um esforço comum pela paz, de onde ocorreu, segundo Resta, uma das experiências de contenda e questionamento ético-político mais interessantes em torno dos temas mais complexos e intrincados da civilização.

## 5 CONCLUSÃO

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas modernas. A paz é, por sua vez, o pressuposto necessário para o reconhecimento e para a efetiva proteção dos direitos fundamentais no interior de cada um dos Estados e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca por um ideal de “paz perpétua” no sentido kantiano do termo, não pode avançar sem uma gradual ampliação do reconhecimento da proteção dos direitos do homem acima dos Estados. Direitos do homem, democracia e paz são portanto três momentos necessários do mesmo processo histórico: sem direitos do homem reconhecidos e garantidos não há democracia; sem democracia não há condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos sociais. (BOBBIO, O Tempo da Memória, 1997, p.164)

É chegado o momento final deste trabalho: tempo de unir elos, de celebrar a estrada percorrida e, sobretudo olhar para frente. Por isto mesmo, em sede de conclusão final, optou-se por apresentar uma brevíssima síntese dos objetivos distribuídos nos três capítulos, sem o intuito de repetir os temas que foram apresentados, embora minimamente isto vá acontecer, em razão da exigência metodológica. De igual sorte, propôs-se redigir alguns pontos a despeito das perspectivas futuras, sinais que se anunciam, quanto a temática pesquisada. Igualmente aqui, não foi dado ao trabalho e nem é lugar para tanto, de assumir posições proféticas ou alarmistas quanto aos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos, nascentes de sua dimensão histórica, adentraram as duas correntes do pensamento - o jusnaturalismo e o positivismo - estabeleceram-se na contemporaneidade com o propósito de converter-se em reais e efetivos construtores de uma normatividade em forma de valores, portadores de direitos e de princípios, e, agora se vê as portas de uma escolha por onde há de trilhar. Da mesma forma, com a proposta de buscar sua afirmação, ocuparam os espaços do liberalismo, do socialismo e da democracia, quando se

assentaram nas principais declarações de direitos, firmaram regras de positivação na seara das constituições dos povos democráticos, avançou para outros mundos, ganhando *status* de internacionalização e agora o que se avizinha? As apostas, tanto as dos “minimizadores” quanto as dos “maximizadores” de problemas e de conflitos, pertinentes aos Direitos do Homem, fundamentais de nosso tempo, que são também os problemas dos Direitos Humanos, têm pretendido dar a tais direitos a concepção de representatividade na proteção e promoção dos direitos do ser humano e da vigilância da violência. Se há reconhecimento neste atributo, é questão de inquirir de que lado se coloca o homem nesta história. Uma história que é do mundo das regras, diversamente do que anuncia MacIntyre (2001) – uma ética da virtude e depois dela(?) - mas é, sobretudo, uma história humana de vigiar, proteger e promover seus direitos ditos humanos.

É útil novamente anotar o objetivo deste estudo, cuja tarefa foi e segue sendo complementada nesta última parte: examinar a afirmação dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal. Partiu-se de três pontos, realidades da mesma tarefa de concretização, os quais foram distribuídos em capítulos, correspondentes aos objetivos da pesquisa, com a intenção de revelar as indagações dispostas no plano do trabalho.

Para apontar as funções, características e fundamento da (re)afirmação dos Direitos Humanos, nos termos propostos no presente estudo, desde a introdução, qual seja, a razão primeira da temática objeto da pesquisa, no caso a razão primeira da afirmação de tais direitos, distribuídos na atualidade – entendida esta no espaço pertencente ao período localizado no final do Século XX e XXI, começando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (BRASIL, 2009j), onde a ideia de “Direitos Humanos” não se estabilizou no referido Texto<sup>280</sup>, e, a partir de então, foram tecidas as condições e processos históricos de sua formação, qual seja, a “positivação”, a “generalização”, a “internacionalização”, para, assim, apresentar os aportes de “concretização” ou “especificação” pertencentes a doutrina peces-barbiana (2004), e que são indicativos do tema da proteção e da promoção dos Direitos Humanos. Foi com este propósito que a pesquisa recorreu ao sentido de afirmação e (re)afirmação indicada na temática deste estudo.

Recorreu-se ao legado peces-barbiano (1999, p. 133), traduzido pela disposição de que tais direitos encontram na idoneidade dos direitos fundamentais a identificação do

---

<sup>280</sup> Herkenhoff pondera que a estabilização dos Direitos Humanos na DUDH, aprovada em 1948, não aconteceu, até porque contrariaria a dialética da História (1997, p. 15)

conceito e da função dos “Direitos Humanos”. Neste sentido, a “moralidade pública” enquanto denominada “Direitos Humanos” atua na dimensão ética como uma pretensão moral e se incorpora no Direito Positivo, cingindo a ordem da condição de direito fundamental, pertencente a dogmática jurídica de uma teoria-jurídico-positiva, afeita a ciência do Direito em sentido estrito<sup>281</sup>.

Assim, pode-se falar da função de Direitos Humanos como moralidade, e de sua função enquanto direitos. Na primeira situação, percebeu-se que a doutrina peces-barbiana (1999, p. 133), apontou uma compreensão crítica dos Direitos Humanos a respeito do Direito Positivo que não os reconhecem e tratam de positivar-se, de transformar-se, em Direito Positivo dos direitos fundamentais. Na perspectiva seguinte, os Direitos Humanos cingem-se a qualidade de uma norma jurídica, e, como tal, a pesquisa revelou que tais direitos são o sustentáculo primordial de qualquer projeto de emancipação individual, e uma vez que tal intento se dê, ele interfere no coletivo, e assim sucessivamente até atingir o nível social, econômico, político, cultural, e nesta dinâmica há de perseguir a mudança da sociedade, de onde a importância do paradigma fraterno, desde a definição de sua natureza até a sua aplicabilidade e, principalmente, a construção de uma teoria que lhes confira um grau de racionalidade de forma a fornecer *a priori*, uma prévia sistematização, clareza e coerência; e, enquanto imperativo, um conjunto de argumentos aos operadores com o anseio de estabelecer a consolidação dos DDHH, da mesma maneira, que irá gerar um monitoramento de seus dados de forma a incutir favoravelmente no progresso histórico de emancipação humana e evitar a restrição dos Direitos Humanos.

A matriz teórica de Peces-Barba Martínez dá conta de que a função principal dos direitos fundamentais na sociedade moderna é orientar o sistema de organização da sociedade (1999, p. 132). A seu modo, a pesquisa revelou a importância de não restringir tais direitos – ao contrário – na linha arendtiana de “direitos a ter direitos”, corresponde em igual dimensão

---

<sup>281</sup> Significativo anotar que o trabalho não pretende questionar a ciência normal da extraordinária conforme aponta Thomas Kuhn (A Teoria das Revoluções Científicas). Entretanto, na linha pesquisada, pode-se concluir que os direitos fundamentais tem a sua base voltada para trabalhos científicos pertencentes ao paradigma vigente, enquanto que os Direitos Humanos, na perspectiva pesquisada, qual seja, em contato com o Direito Fraterno, volta-se para o paradigma novo, v. g., para trabalhos que pretendem instalar-se ou substituir o que está posto, na medida em que pretende um caráter integrativo da ciência, das tradições, da filosofia e da arte. Neste sentido, certamente o Direito Fraterno, sob o signo de recolocar em questão e de estabelecer a comunhão de pactos entre sujeitos concretos, não com os poderes e as rendas, de que nos alerta Eligio Resta (2004, p. 16) pode muito bem desencadear a revolução científica de que nos alerta Thomas Kuhn.

o catálogo dos deveres<sup>282</sup> e dos custos de tais direitos<sup>283</sup> de tal forma que, disposta em um arco constitucional, para lá de suas sutilezas garantidoras<sup>284</sup>, “referentes de reciprocidade” conforme nos alerta Canotilho (2008, p. 106), possa deter plena capacidade de realização das condições humanas que são oficializadoras da dinâmica dos Direitos Humanos dispostos na matriz do Direito Fraternal.

Para tanto, na primeira parte, os DDHH foram examinados a partir do conceito e do propósito que lhes dá suporte teórico, o qual serviu de guia para a condução do estudo – os Direitos Humanos enquanto direitos que encontram na consciência moral, o imperativo e fundamento da dignidade do homem, o qual a seu modo busca na função dos direitos fundamentais um modo organizacional da sociedade e principalmente do Direito, enquanto sistema de organização social, de acordo com a dignidade da pessoa, de forma que cada um possa realizar o conteúdo que identificam esta dignidade e que os elementos dessa dignidade, para converterem-se em reais e efetivos, construíram diálogos e parcerias, estabeleceram “normatividade em forma de valores, de princípios em direitos” (MARTÍNEZ, 2003, p. 48). Com isto, a pesquisa revelou que os DDHH, fundados na ordem dos direitos fundamentais, no anseio de cada vez menos restringir direitos, apresentam-se na agenda contemporânea, de tal maneira que, na condição de referentes, esforço de todos, pertencem a ordem da ação do Direito na sociedade, por isto mesmo, haverão de estar dispostos a cumprir o pacto da fraternidade.

---

<sup>282</sup> Nabais aponta uma consideração deveras interessante a respeito do desprezo dos deveres fundamentais, no sentido de que é fornecida pela *Grundgesetz* da República Federal da Alemanha, ao não empregar uma única vez sequer o termo dever fundamental, o que revela uma peculiaridade ou um evidente radicalismo, pelo que representativo do entendimento da época das declarações revolucionárias de direitos do homem e do cidadão (BRASIL, 2009i), as quais desconheciam quaisquer outros deveres que não os direitos do homem na passagem do estado de natureza para o estado civil. Tal estado de coisas, caracteriza uma desconsideração constitucional dos deveres, mas está longe de significar e de comportar a sua recusa, senão um certo cuidado e discrição a seu respeito. Depois, os deveres fundamentais constituem desde logo uma exigência para a intervenção dos poderes públicos em determinadas relações sociais, decorrente da fórmula do Estado Social. (2004, p. 18-19). Ainda, a respeito dos deveres fundamentais, no contexto do presente, na seara de Nabais, (idem, p. 64) traduz-se como uma categoria que comporta a mobilização do homem e do cidadão para a realização do bem comum.

<sup>283</sup> Segundo Nabais (2004), no Estado Democrático de Direito estão assentes basicamente três tipos de custos que o suportam, quais sejam, custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar; custos ligados ao funcionamento democrático do Estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar diretamente questões submetidas a referendo. E os custos em sentido estrito, ou custos financeiros públicos, que restam concretizados no dever de pagar impostos.

<sup>284</sup> A este respeito, Alexandre Morais da Rosa, em “Garantias Constitucionais: um discurso que não seduz” (209, p. 27-36), revela que a “A eficiência do controle é compartilhada pela questão dos custos”.



Os dois primeiros capítulos, cada qual a seu modo e fiéis aos objetivos traçados, prestaram a sua contribuição no sentido de dar contexto aos objetivos delineados no trabalho e, assim se fez, inicialmente sob a perspectiva de três pontos: os Direitos Humanos na contemporaneidade em face do desafio da fraternidade; os direitos humanos e o desafio de sua proteção; e por último, as perspectivas (re)afirmadoras ou concretizadoras em que foram (e continuam sendo) colocadas as questões dos Direitos Humanos. Estes três pontos foram apresentados em uma breve síntese, e traduzidos a partir da concepção histórica de direitos do homem – no caso sujeito histórico, depois direitos da pessoa, justificadora de um grau de dignidade humana e, após, no caso do Brasil, especialmente, com o advento da CRFB/1988, e com o PNDH-3, voltado para a noção de cidadania, ligada ao homem ser-cidadão, e, por último, a promoção do homem fraterno e o estabelecimento desse “ser outramente”<sup>285</sup> no espaço da agenda contemporânea. Tendo em conta a questão da afirmação dos DDHH, o recorte eleito, deveu-se ao fato de que se tratam de temas que resguardam e dão suporte as condições de efetividade e que, portanto, dão continuidade e conclusão a tarefa inicializada.

O objetivo de terem sido utilizadas as referências em comento deveu-se a compreensão de que os Direitos Humanos, tomados na compreensão do Direito Fraterno, passam pela efetivação dos seguintes aspectos, quais sejam, a confiança mútua e o asseguração entre os povos; o reconhecimento de direitos, de onde decorre a mesma base jurídica, dos quais os Direitos Humanos são representativos, a mercê de compor um quadro de representação de direitos que são comuns a todos; o gosto de estar juntos, significativo do esforço comum pelo desenvolvimento, que pode inclusive ser representado, neste caso, pela solidariedade<sup>286</sup>; a igualdade de oportunidades mútuas; e, por último, a existência de um mínimo de equilíbrio nas relações que são ditas e celebradas no acolhimento da fraternidade.

No sentido de atender os objetivos metodológicos propostos, o trabalho foi dividido em três capítulos específicos. O primeiro apresentou a concepção dos DDHH perante

---

<sup>285</sup> Repete-se aqui o que já foi discorrido na pesquisa, mas pela disposição e rigor metodológico, retoma-se a explicação. A expressão de que utilizou a pesquisa, tendo tomado por referência a doutrina de Paul Ricoeur e Alain Touraine (ver referências), para referir e tratar o **Outro**, na concepção de relação entre o eu (o Ser) com o outro, isto é, seguindo o discurso interpretativo de Touraine “o sujeito só pode formar-se caso ele igualmente aprende a reconhecer os outros e suas diferenças” (2009, p.201). Ou, ainda, nos moldes Ricoeuriano o neologismo “outramente” foi adotado para traduzir o *autrement* de Lévinas, conforme consta da obra de Ricoeur (Advertência, 2008), “o si-mesmo como outro” (2008, p. 9).

<sup>286</sup> A expressão é utilizada aqui de forma singela, enquanto sinônima e ilustradora de bondade, compaixão, sem preocupação com a distinção do Direito da Solidariedade e, por reconhecer, enquanto resultado da pesquisa, que a doutrina tem registrado tais palavras como sinônimas, embora historicamente não há justificativa para tanto.

o desafio da fraternidade, qual seja, a busca de sua razão fundamentadora, tomando por marco o primado dos DDHH em torno dos direitos naturais, depois pelos documentos internacionais, indo deparar-se com as Declarações de Direitos, especialmente a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) (BRASIL, 2009j) – quando concretamente despontam os novos tempos representativos dos pactos contra o autoritarismo e que selam a proposta de paz no mundo e pelo mundo.

Da mesma forma, o primeiro capítulo, forte no contributo doutrinário, especialmente o legado de Peces-Barba Martínez (2004), de Norberto Bobbio (2004)<sup>287</sup> e de Elígio Resta (2004), apresenta a concepção dos DDHH perante o desafio da fraternidade, qual seja, a busca de sua razão fundamentadora, tomando por marco o primado dos DDHH em torno dos direitos naturais – de construção histórica, passando pelos documentos internacionais, até o início do pós-Guerra indo deparar-se com as Declarações de Direitos, especialmente a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) (BRASIL, 2009j) – quando concretamente despontam os novos tempos representativos dos pactos contra o autoritarismo e que selam a proposta de paz no mundo e pelo mundo.

O segundo capítulo analisou a proteção dos DDHH tendo como viés a matriz teórica de Hans Jonas (2006) sustentada no princípio responsabilidade, cujos atos na cena jurídica, notadamente frente aos avanços tecnológicos, comportam um mínimo do agir humano responsável, capazes de escolher entre o “bem e o mal” de que dá conta o princípio e a prática do referido princípio<sup>288</sup> e, adstrito a tal fórmula, construir um legado de proteção, tendo como fundamento a responsabilidade submetida ao princípio responsabilidade e sua prática e a concepção do modelo de fraternidade.

O último capítulo, examinou o tema da afirmação dos DDHH através de quatro linhas sustentadoras, indicadas pela teoria de Peces-Barba Martínez (2004, p. 103): a positivação, a generalização, a internacionalização e a especificação e, após, forte no embasamento teórico de Bobbio (2009), propôs-se renovar a problemática na medida da cena

---

<sup>287</sup> Norberto Bobbio (2004, p. 22), na introdução de *A Era dos Direitos*, sustenta sua concepção sobre os Direitos Humanos, a partir de três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico.

<sup>288</sup> O “princípio” e a prática do princípio responsabilidade é uma referência expressa as duas obras de Hans Jonas: **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica (2006) e a **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad (1985). Ambas constam do trabalho e das referências.

atual. Para tanto, as três correntes do pensamento político moderno em torno dos DDHH foram analisadas com o intento de compreender a problemática dos Direitos Humanos na perspectiva do Direito Fraternal.

A justificativa para tanto, na linha teórico-doutrinária recorrentes no trabalho, deveu-se a constatação de que, conforme apontado por Norberto Bobbio (2004, p. 226), cada vez mais, as três correntes do pensamento político moderno se juntam – o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social, apesar de mantidas as suas particularidades, estão a originar um sistema complexo de direitos fundamentais, e que representa uma meta a ser conquistada na unidade do gênero humano. De igual sorte, Peces-Barba (2004, p. 103) também indicou a mesma linha para o conteúdo e o sentido da questão e o fez através de três contribuições sucessivas – a liberal, a democrática e a socialista.

A situação apresentada, conforme certifica Bobbio (2007, p. 201), é de crescente complexidade dos direitos, o que, somada a incerteza das muitas fontes de inspiração doutrinária, confirmou a inexistência de uma esfera prática integrativa, decerto porque até agora a paz perpétua de que nos avisara Kant não foi possível, e até onde se sabe, ninguém encontrou a fórmula da não guerra. Pior o único remédio que conseguiram os homens na seara de “construir” a paz, foi cada vez mais se preparar para a guerra, com armas omnidestrutivas, que a situação se apresenta urgentemente em legítima necessidade. Não há alternativas diante do terror atômico, somente apostas. De outro lado também, as questões pertinentes a democracia, também não estão adequadamente consolidadas. Ambas, requerem assunção do princípio da fraternidade.

O nexos entre democracia e a paz, nos moldes da pesquisa, deixaram em evidência a importância de uma paz estável no mundo, sendo que a paz foi tomada neste estudo de acordo com a expressão bobbiana (2009) de “não ter a guerra como alternativa”<sup>289</sup>. Este dado, imperativo categorico da afirmação dos DDHH, conforme revelado pela pesquisa, tem a dimensão de conduzir tais direitos na perspectiva de que estes estejam assentados na base do Direito Fraternal. Para isto, o trabalho apontou a necessidade de efetivação das seguintes condições: o avanço do processo democrático; um pacto claro e negativo, com o sentido de associação permanente, com a finalidade de não agressão; um pacto positivo de assunção de regras para a solução das controvérsias, com ausência de força recíproca, qual seja, de “liga

---

<sup>289</sup> 2009, Introdução, LV.

pacífica”; a criação de um poder , ou de uma esfera comum<sup>290</sup>; e, por último, a própria efetivação dos direitos, no caso da pesquisa, estes são os afeitos aos Direitos Humanos, e, ainda, nestes aspectos os de natureza afirmativa de onde decorre a importância de reconhecimento dos sujeitos e os relativos a titularidade; vinculados a paz, os de liberdade; e a democracia, os civis e políticos.

A fase final da paz, ou o pacifismo jurídico de que nos remete a lição de Norberto Bobbio (p. 171-172), renunciou o fim da guerra enquanto uso não regulado da força “sem medida”, mas não o uso da força, razão pela qual, se sempre sustentada no direito do mais forte, poucas vezes a força coincidirá com o direito do mais justo. Novamente quanto a este aspecto, é preciso antever, conforme proposição e objetivo da pesquisa, a importância do Direito Fraternal, enquanto proposta de oportunizar a reaproximação com outras formas: “dita-lhes as regras e, ao mesmo tempo, tolera-lhes a imperatividade” (2004, p. 30).

A indagação que permanece(u) foi no sentido de que não há grandes razões para serem feitas apostas positivas(?), mas estas precisam ser sinalizadas. Entretanto, e isto é um dado inolvidável, as previsões que se assentam, enquanto prognósticos, reveladas pela doutrina, sobretudo na matriz teórica bobbiana, aponta que é urgente, até que “não tenhamos reconhecido que existe uma alternativa à violência, não teremos nenhum argumento para invalidar a justificação da violência” (2003, p. 167). A violência sempre parte do terror, e em particular, nas relações entre os Estados, portanto, na seara dos Direitos Humanos, tem sido suscitado o horror, e em particular aquela forma de violência ampliada, mortífera e descomunal, cujo exemplo a guerra certamente representa. Para corroborar esta lamentável conclusão, a história humana, encontra-se assentada em histórias de violência, das quais não se pode dispor porque absolutamente não conhecemos o modo de eliminá-la. Bobbio revela que nenhuma condenação, pronunciada em qualquer púlpito, jamais conseguiu deter a guerra. E o que é mais grave, jamais obteve ou impediu a sua justificação, não só em matéria de julgamento histórico, mas também em matéria de julgamento moral (2003, p. 168). Portanto, a violência gera violência, a guerra gera a guerra, mas o que é feito do homem e do seu modo de resolver e conduzir seus direitos e deveres que não consegue dispor de outro modo que não o paradigma da violência para se organizar no espaço social e na distribuição de seus direitos?

---

<sup>290</sup> Quanto a este ponto, Kant, Peces-Barba e Bobbio foram unânimes – ver subcapítulo 4.4 deste estudo.

Enquanto se aguarda a solução, procuram-se respostas as quais poderão apontar o declínio do inimigo que não se cansa exaustivamente de vencer. Tanto que, conforme muito bem observa Alexandre Rosa (2009, p. 29), com a queda do muro de Berlim e o fim da guerra fria, para justificar a opressão, um novo inimigo, não mais externo, mais interno, revelou-se o “grande bode expiatório” dos males mundiais, o que, no pós 11 de setembro, modificou-se na figura dos “terroristas”, adquirentes da condição de tudo o que atrapalha a paz.

Enquanto a paz não acontece ergue-se o problema da guerra à condição de sua moral e não a uma condição jurídica. Mas, na lição de Bobbio (2003, p. 162), um dado é certo: não haverá lugar para a paz, senão quando os povos tomarem posse do poder estatal. De igual sorte, inexistirá verdadeira paz senão quando a organização militar houver desaparecido tomada pelo avanço do industrialismo; da mesma forma, inexistirá paz senão quando a sociedade socialista houver substituído a sociedade constituída por grupos minoritários, em uma forma de sociedade representativa do pacifismo socialista, de tal forma que os três tipos de pacifismo sejam atuantes em três diferentes níveis de profundidade – na organização política, na sociedade civil e no modo de produção.

Tal qual um “profeta de desventuras” ou um “pássaro de mau agouro” de que nos deu conta Bobbio (2009, p. 207), e aqui reside o erro e a culpa de que nos socorre (ou tenta fazê-lo) o divino e/ou a psicanálise, não importa há um longo caminho pela frente e o pacifismo jurídico é somente um parceiro nesta tarefa. Os agourentos e os profetas sempre erram razão porque depositar o único argumento do mau pior, de que nos alerta Hans Jonas (2006), seja porque depositar no equilíbrio do horror da guerra, cá para os DDHH, não conseguiu dar conta de um limite, ou minimamente dar conta de um freio no terror da guerra, ainda que existam as justas e as não justas (?). Se é “equilíbrio” e “harmonia” que os DDHH estão a representar, então é conveniente que se façam as apostas, assim a renda do prêmio terá chegado para todos. Se ela vai bastar, isto não é tarefa dos DDHH.

É útil rememorar a metáfora do deserto e do oásis de que nos cobrou Hannah Arendt, quando na experiência “mundana” do “entre humano”, cada vez mais na contemporaneidade, tem-se habituado a viver no deserto, em vez de se procurar, com ação e paixão, resistir ao deserto ou a sua propagação, cultivando os oásis que, porventura, ainda podem existir. Assim pode-se escapar de uma banalidade cada vez maior do mal. Frente ao crescimento da a-mundanidade – dessa impossibilidade de comunhão dos seres humanos consigo, entre si, com o outro e com o cosmo, vem o declive – a distância que separa, mas ao

mesmo tempo possibilita o encontro. A tarefa que nos cabe, ainda que não sejamos do deserto, é de transformá-lo em mundo mais humano sob pena de, estarmos ali, onde tudo continua sendo possível, inclusive de convertermos em habitantes do deserto, acostumados as tempestades de areia, cuja principal característica é ajustar-se muito bem às condições do deserto (ARENDDT, 2009c). O certo é que, conforme revelado pela pesquisa, os Direitos Humanos requerem a saída dessa anestesia objetivando dar espaço para o fazer, atuar e promover, e desencadear uma experiência plural e não o que podemos fazer e criar na medida em que existimos no singular<sup>291</sup>.

Poder-se-ia indagar ainda qual o resultado apresentado quanto a uma possível perda para a afirmação dos Direitos Humanos, ou qual o sentido de não se entrar nesse jogo, ou de se ausentar desse processo(?). Questões como essa, as quais foram norteadoras da opção metodológica do trabalho, que não se apresentou de forma conclusiva, a não ser pela própria indagação, que não pertencem somente ao campo da pesquisa, mas habita o universo teórico pesquisado. Provavelmente a não ser por sua opção, não conheceremos os resultados. Frente a uma situação tão nova como esta, é inegável o desconhecimento de seus marcos, de suas boas coisas, de se fazer e celebrar um Estado Constituinte de Fraternidade. Entretanto, os efeitos da não escolha, já podem ser sentidos no mundo das relações estabelecidas ou por estabelecer, quais sejam, na lição de Bobbio (2009, p. 111), a questão fundamental de nosso tempo, o problema dos direitos do homem e o problema da paz, aos quais se acrescentam o problema do reconhecimento dos direitos do homem e, também, e da mesma forma, ainda na lição de Bobbio (2004, p. 64), os dois problemas do homem, o da guerra e o da miséria, que nesta dimensão requererem o assentamento das condições da democracia - e não as condições da revolução, não é mesmo(?).

Quanto à indagação referida no final do parágrafo anterior, forte na lição da fraternidade, e com base no legado doutrinário de Alain Touraine (2009), a pesquisa revelou que a ideia da revolução começa com a ruptura da totalidade de um sistema institucional assentado, no qual o autor do projeto revolucionário irá buscar seus objetivos visando obter as reformas, e, assim, fazer desaparecer uma injustiça ou uma desigualdade que são insuportáveis, de onde ocorre, no momento em que a ruptura vence a reforma, o objetivo que

---

<sup>291</sup>Hannah Arendt, discorre sobre tais experiências: no isolamento do artista, na solidão do filósofo, na relação inerentemente a-mundana entre seres humanos, tal como existe no amor e às vezes na amizade, “quando um coração se dirige diretamente a outro, como na amizade, ou quando o entre, o mundo, acende em chamas como no amor”. Sem a intangibilidade destes oásis não saberíamos como respirar (ARENDDT, 2009c).

d´antes era inverter o poder, agora é tomado pela lógica de proteger-se, ao invés de proteger um problema social ou cultural, ou até mesmo de proteger os Direitos Humanos, vê-se numa dimensão tal que não consegue mais resolver sequer o lugar dos autores. Daí porque o trágico sentido das revoluções acaba sempre assentado na lógica da morte, qual seja, cumpre sempre esse papel de fim mórbido ao invés de dar conta dos objetivos que levaram a sua deflagração, de onde decorre a importância do reconhecimento dos direitos, do direito a ter direitos<sup>292</sup>.

Esse fazer revolucionário que têm insistido os teóricos da revolução, especialmente a tônica Arendtiana, conforme também foi assentado no estudo, têm dito que as possibilidades da revolução diminuíram significativamente, na proporção do aumento destrutivo das armas. A história, entretanto, tem demonstrado algo diverso. A violência contra a violência, sempre confirmou a superioridade do governo. O que é um dado enquanto o governo se mantém. Na mudança, o poder e as armas mudam de mão em tempos de transição. Por mais que as revoluções se encarreguem de estabelecer comandos, são nos governos, que elas dão o sinal característico da mudança. Nos comandos, onde inexistente obediência, não são os governos em sua eventual tirania, que darão conta do cumprimento e da obediência e sim a opinião e o número dos que a compartilham que darão conta do consentimento (2009b, p. 64-65). Por isto mesmo que os Direitos Humanos requerem a tarefa – dificultosa em torno deles - de serem adequadamente protegidos, o que não é dado tarefa revolucionária da mudança, senão de um fazer que se organiza revisando a sua própria condição protetiva, no seu conjunto e nas suas várias generalizações.

De outro lado, e comungando da mensagem da (não) efetivação, portadora de discussão das razões quanto a não afirmação dos Direitos Humanos, Sánchez Rubio (2007) tem alertado quanto a clássica separação do muito que se diz e do que se faz em matéria de Direitos Humanos, e, de igual forma, entre o abismo do que é dito e do que é feito, há o modo de pensar em torno e sobre referidos direitos, o que irá afetar sobremaneira a cultura de Direitos Humanos. Neste aspecto, também, apresentou uma conclusão no sentido de uma solução(?), fortemente sustentadora da matriz fraternal, qual seja, uma consciência e uma cultura de proteção geral e integral, acentuadamente preventiva, contra uma cultura estática e anestesiada dos DDHH.

---

<sup>292</sup> Clássica expressão, recorrente na obra arendtiana, também em Touraine (2009, p. 14).

Corroborando, nos termos apresentados no trabalho, diante da ameaça permanente do terror, de uma megamorte, a mensagem de Bobbio apontou no sentido de um voto implícito e claríssimo, um verdadeiro plebiscito tácito de todos os dias, a reação presenciada diariamente, expressa em conversas cotidianas, razão pela qual, o dever dos inermes (e não dos inertes), dos que se armam de convicções, no sentido de transformar reações em declarações e manifestações públicas, e que não darão trégua a essa natural e quase instintiva exigência, que há de se fazer comportada por uma vontade política (2009, p. 231-232), equidistante da relação schmittiana do amigo inimigo (2006), do que deve ser eliminado para um sobreviver – *mors tua vita mea*<sup>293</sup>.

A lição de Touraine (2009) – da importância do reconhecimento dos direitos - e de Sánchez Rubio (2007) – em torno do que é dito e do que é feito em face dos Direitos Humanos - somada a de Bobbio (2009) - do dever dos inermes transformadores de reações em declarações, e acrescida da indicação Waratiana para que os Direitos Humanos não sejam exclusivamente portadores da fórmula normativista – completam, em uníssono, o arco protetivo investigado na pesquisa – de um lado, conforme apregoado por Touraine (2009), o que mais se deseja, o reconhecimento do indivíduo e do grupo como portadores de direitos, e, no meio, do que é dito e feito, os conscientes Rubianos ou defensores da alteridade, e de outro, a ponta de lança, os inermes de Bobbio que denunciarão a vontade do grupo no espaço público, e a anunciarão expressa em “declarações”. No caso dos Direitos Humanos, em declarações de Direitos.

Diante de tais constatações, resta reforçada a semente inicial - que agora pode ser dita, semente transformada em fruto(s) - que fora lançada na introdução do presente estudo e, enfrentada no desenvolvimento dos objetivos da pesquisa, deu conta dos três pontos que foram anunciados e que agora foram feitos “passado - presente”:

*um*, os Direitos Humanos, construídos e identificados pela doutrina, enquanto direitos protegidos pela norma jurídica e dos quais, se ausentes, a pessoa humana poderá não estabelecer plenamente as relações da vida;

*dois*, revelador do tema central da pesquisa, os Direitos Humanos que recorrem a um mínimo protetivo<sup>294</sup> – padrão mínimo – de direitos fundamentais ao estabelecimento de relações de

---

<sup>293</sup> A tua morte é a minha vida.

<sup>294</sup> Segundo Nabais (2004, p. 80-81), pela própria natureza, tais direitos possuem conteúdo escasso ou mesmo mínimo, e por natureza direitos de duplo grau de concretização: concretização constitucional de conteúdo



vida sustentada na liberdade, na igualdade e, especialmente, na fraternidade, a mercê de compor o espectro básico da dignidade humana, sustentáculo de qualquer projeto emancipador, anseia por uma teoria – ou um princípio base, apoio da fundamentação orientada ao descobrimento dos princípios racionais que conduzem a necessidade da sua proclamação e garantia, de que nos alerta Culleton (2007, p. 57-59);

*três*, na dinâmica de dar construção a uma teoria que confira fundamentação racional, a pesquisa apontou que referido princípio propõe um mínimo de racionalidade a teoria fraterna e não tem outro condão senão o de estabelecer as bases de uma sistematização que dará clareza, coerência e adequação aos Direitos Humanos, cuja missão na tarefa de redução das arbitrariedades na prática e consolidação de tais direitos, conduzem a necessidade e cobram reconhecimento, tal qual a matriz hegeliana, anunciada na introdução deste estudo, no sentido de proclamação e garantia destes mesmos direitos.

O trabalho também concluiu que as apostas em torno dos DDHH precisam estar revestidas de um mínimo de certeza, por mais que repletas de valores eleitos pelos homens que pelejaram pelo reconhecimento de tais direitos, ela requer também a contemplação dos que ficaram de fora, inclusive os minimizadores e os maximizadores de conflitos, e também, aqueles que não têm fala (os aflitos, os humilhados, os do senso-comum...) <sup>295</sup>. Pretensos sujeitos e titulares dos Direitos Humanos que estão em vias de processo de afirmação e de que nos recorda Peces-Barba (2004), os quais sequer “ainda” foram percebidos no processo de especificação dos Direitos Humanos, mas é preciso, pelo menos, um lugar onde estes vão se estabelecer.

Certamente se não são “Eles” – sujeitos e titulares de tais direitos - que vão dar conta de completar a tarefa da definição dos DDHH, são eles próprios que justificam a continuidade dos DDHH na sua tarefa de afirmação. A marca, o divisor de águas que se apresenta no jogo de perceber as regras que compõem a cartilha dos DDHH, pode dar aos pessimistas o pássaro de mau agouro, e aos que insistem o sinal de que o caminho é longo, mas se avizinham os instrumentos capazes de preenchê-lo. A aposta requer seja celebrada em

---

mínimo; concretização legal da generalização do conteúdo, em geral inalterável e, em parte, alterável.

<sup>295</sup> Bobbio distingue os inertes dos inermes. Ele refere a um dever, o dever dos inermes, como somos nós, que é o de transformar a reação cotidiana em declarações e manifestações públicas que não dêem trégua àqueles que, estão prestes a ser esmagados pelo peso das armas e, assim transformar a instintiva exigência de paz em vontade pública. Não há vontade política sem força. E indaga - Quem são os mais fortes, nós ou eles? (2009, p. 232).

nome de vigiar, proteger e promover a afirmação dos DDHH. Frente ou verso, desde que seja com a lição da fraternidade, façam suas apostas.

Cabe mencionar uma dificuldade, que é exatamente as condições objetivas de suas realizações, e isto independe, na boa lição de Bobbio, da vontade daqueles que os proclamaram, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los, isto é, não basta fundamentá-los ou proclamá-los ou até mesmo, não basta protegê-los. O problema da realização de tais direitos não é nem filosófico nem moral, nem tampouco jurídico. É um problema cuja solução depende do desenvolvimento da sociedade, e que até mesmo a Constituição mais evoluída se resente desafiada, colocando em crise o mais perfeito mecanismo de garantia (2004, p. 63-64). Este problema, fundamental de nosso tempo, ainda que afeto ao mundo jurídico, dele resbala, indo abarcar a convergência das três correntes do pensamento de nossa época, o liberalismo, a democracia e o socialismo, todos os modos de que estão a desafiar o mais incrédulo dos homens e o mais perfeito sistema jurídico.

O problema, que envolve a discussão sobre os Direitos Humanos, que, isolado pode não ser resolvido, e trazido a cena, bem por isto, requer compreensão em sua real dimensão, e da mesma forma, na tradução bobbiana (2004, p. 64), não se pode abstrai-los dos dois grandes problemas do homem, o da guerra e o da miséria, do absurdo contraste do excesso da potência que criou as condições da guerra e o excesso da impotência que condena as massas a fome. Por isto mesmo, o mais liberal dos Estados ou o mais socialista deles, ou até, mesmo o mais democrata, não conseguirá dar conta de uma justa retribuição em tempos de carestia<sup>296</sup>. A solução para o problema da efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem, e essencialmente dos Direitos Humanos, está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana.

Embora, na seara do Direito Fraternal parte-se de outra constatação, os “arcanos do inteiramente Outro” (MATOS, 1989, p. 48)<sup>297</sup> são taxativos no sentido de que as origens do “desencantamento” do mundo, ao invés de se ater apenas nas revoluções moderna, busca

---

<sup>296</sup> Talvez haja aqui um sinal, de que os direitos sociais estão a merecer a nossa particular atenção.

<sup>297</sup> Olgária Matos aponta uma interessante conclusão a respeito dos frankfurtianos, onde advoga que a filosofia da história destes autores detém a condição de “trans-histórica”, qual seja, a noção de Iluminismo, que segue sendo polissêmica, refere-se tanto a um período da história da filosofia e das idéias, quanto a uma atitude ou tendência epistemológica, ética e política anterior e posterior ao século XVIII. O conceito, trans-histórico, segue o exame da origem e das formas de dominação. O texto depõe uma atitude iluminista onde a idade moderna a negaria, isto é, no coração do mito (o passado), ali mesmo onde a idade moderna não o reconheceria, isto é, no coração da ciência (o presente). (1989, p. 145).

no processo de desencantar o mundo da obscuridade da magia, dos mitos, e da imaginação, e substituí-los pela razão e o saber. A questão é que, no intento de libertar os homens, coloca-os no lugar de senhores do mundo, qual seja, em prol de uma libertação do sujeito, gerando daí um processo de dominação do próprio sujeito, qual seja, um caminho de autodestruição da própria humanidade esclarecida.

Além de tais constatações é ineludível o senso histórico, o escrever e o interpretar historicamente o dado histórico. Relacionar o passado dispondo-o na formatação da História, não confere o resultado de sua exata compreensão, ou conforme sustenta Walter Benjamin, “Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo ‘como ele de fato foi’” (1993, p. 224). Ou ainda, conforme relata, significa apropriar-se de uma imagem do passado, como ela se apresenta, no momento do perigo, ao sujeito histórico. Essa maneira de ver a história, esse devir histórico, dá conta de que o investigador historicista sempre estabelecerá uma relação de empatia com o vencedor. De outro lado, é preciso dar conta de que aqueles que dominam em um dado momento são os herdeiros de todos os que venceram antes. Além do mais, todos os vencedores pertencem aquela gama participante do cortejo triunfal, onde os dominadores pisam os corpos dos que estão no chão, pertencentes aos chamados bens culturais, e originados do esforço de todos, mas representativos do horror: “Nunca houve um monumento de cultura que não fosse também um monumento da barbárie. E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não o é, tampouco, o processo de transmissão da cultura.” (BENJAMIN, 1993, p. 224-225).

Mais espantoso ainda é a constatação de que muitas das conquistas civis, benéficas para o progresso humano, foram geradas pela violência. Os humanistas crêem herdeiros da civilização romana, a qual decorreu de uma série de guerras atrozes. Já, os padres liberais enxergam-se herdeiros da reforma, que bem pode ser resumido em um período de lutas religiosas. Os homens a seu modo são filhos da revolução francesa, inauguradora do regime de terror e, da Revolução Soviética, que acabara na chacina de Stálin. Ou, diante das revoltas do Terceiro Mundo, bate-se no peito: será que se pode imaginar uma outra história, uma história cuja perspectiva dos grandes impérios da América Central, ou dos velhos Estados, ou dos grupos tribais africanos, não fossem atingidos pelo contato e influência européia(?) (BOBBIO, 2003, p. 168).

Ora, os Direitos Humanos a mercê de pertencerem a base de projeto emancipatório do homem, na ordem do Direito Fraternal, requer corresponder com os sujeitos concretos, com

as suas histórias e relações, com o contexto e espaço de estabelecimento na sociedade e tempo em que vivem, de tal forma que, indagado a respeito de quem é o titular dos DDHH, sem sombra de dúvida, a resposta, qualquer ela (*hoc sensu*)<sup>298</sup>, passará pela constatação de que o ser humano é seu titular em primeira, segunda e terceira gerações/dimensões e tantas outras que se seguirem, razão pela qual é inescusável a responsabilidade<sup>299</sup> – o princípio de responsabilidade de que nos alerta Hans Jonas (2006) – do pacto transgeracional de responsabilidade em face dos Direitos Humanos, segundo o qual o homem não é um indivíduo isolado, mas uma pessoa fraterna (princípio da fraternidade), constituída pela figura dos direitos e dos deveres, em referência e vinculação – que faz dele um ser livre (princípio da liberdade), igualitário (princípio da igualdade), e, sobretudo, responsável – base do entendimento contido na ordem constitucional, assente na ordem de liberdade e de igualdade, limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que gera e confere primazia – distinta da exclusividade – aos direitos face aos Direitos Humanos.

Impedir um regime que estabeleça sem reflexos positivos nos Direitos é tarefa de todos, da assunção do Direito Fraternal e de seu princípio fundamental, mas é tarefa de cada um de impedir um regime unilateral de deveres, sem o cumprimento de um mínimo de deveres, quer do homem, quer do cidadão, de tal forma que no Estado Democrático de Direito sejam assentadas as bases de uma política fraterna no sentido de se moderar o excessivo individualismo e o caráter demasiado liberal imputado na consagração (expressa e implícita) dos direitos de liberdade e de igualdade, sem prestar lugar para a fraternidade.

Da mesma forma, na lógica da historicidade dos conflitos humanos, da linha que separa o pacifismo e o empenho comum de todos, há sempre uma nova guerra, que por ser nova, descarta a que se apresentou, e traz uma outra que se assenta com novas armas, cada vez mais poderosas – capazes de estabelecer a mega morte de que nos alerta Bobbio (2009). Entre as suas novas artimanhas, do terrorismo aos atavismos dos conflitos étnicos, tem no mais das vezes, a presença da eterna arma de guerra, a destruição do “inimigo”. Portanto, a nova guerra é a velha guerra de sempre, cíclica, que ocorre em qualquer lugar do planeta

---

<sup>298</sup> Independentemente da posição na relação jurídica – ativa ou passiva.

<sup>299</sup> José Casalta Nabais (2004, p. 53-54) aponta pesada crítica quanto aos deveres para com as futuras gerações, referenciados porquanto direitos das gerações futuras, ao argumento de que, expressão inadequada, posto não apresentar quem sejam os atuais titulares ativos desses direitos: ou são as futuras gerações, o que não é factível, ou se reconduzem a geração atual, o que ocasionaria a curiosa categoria de direitos a que futuras gerações tenham direitos a uma vida digna de ser vivida, o que, para ele, não deixa de ser uma forma equivocada de referir sobre a atual geração, e em torno das quais recairiam exigências de preservar o futuro da comunidade atual da prevenção de riscos e perigos, que poderiam inviabilizar a vida das gerações futuras.

tem sempre o dom da destruição, que de nada tem mudado a paisagem as ingerências humanitárias, mas tudo muda na dinâmica de estabelecer o código fraterno, de romper com “o sinal cada de um envolvimento cada vez mais global de comportamentos distantes” e que nos convence “a pesquisar sempre novos níveis de universalismo” (RESTA, 2004, p. 40). Bem por isto, o Direito Fraterno escuta um novo sentido, uma nova proposta velha de estabelecer o caminho de códigos fraternos, capaz de superar “o caráter paranóico da oposição” (RESTA, 2004, p. 45), que não são os mercados, nem a imposição egoísta dos lobos artificiais, ou os poderes informais que a sua sombra governam e decidem (RESTA, 2004, p. 32). De estabelecer o amigo da humanidade.

É hora da partida, de ir fechando o círculo, até que outro chegue e, desta maneira possa dar sequência aos muitos outros círculos possíveis. Não há, aqui, uma síntese definitiva, a não ser o celebrar, o realizar compromissos na tarefa de proteger os DDHH, senão esta, o seu processo de concretude, de que nos fala Bobbio (2004) e Peces-Barba Martínez (2004), irá assentar-se no vazio da teoria e do espaço inacabado, da trégua da lição dos direitos, resguardada as respectivas complexidades. Então, para que não haja esquecimentos, e somente para lembrar, e lembrar nós mesmos, enquanto homens e mulheres do Século XXI, os verdadeiramente beneficiados com a tarefa dos Direitos Humanos, possamos proclamar os Direitos Humanos, fazendo emergir seus valores fundamentais, que são os da civilização humana vividos até este momento – que são tão bem resumidos por Bobbio, enquanto pertencentes a “três novas gerações”, nascentes das ameaças do progresso tecnológico contra a vida, a liberdade e a segurança (2009, p. 204) e, quem sabe, possamos prestar tributo a revolução Kuhniana de ciência extraordinária (2006a) que exhibe uma espécie singular de progresso de aproximação cada vez maior a realidade (KUHN, 2006b), em que, questionando o paradigma vigente, lança mão de substituir um paradigma por outro, e quem saiba, através do conhecimento preciso e detalhado que a ciência sempre torna possível, seja instalado entre nós, o “dever fundamental a um mínimo de fraternidade”.

Cabe dizer que a compreensão pertencente ao reconhecimento de que “a *Declaração Universal* representa a máxima consciência a que o homem chegou até agora, no âmbito jurídico político, em relação à substancial unidade do gênero humano” (BOBBIO, 2009, p. 97), embora vivenciada sob a dimensão de um processo, do qual tomou parte uma assembleia quase universal, mas ainda não experienciada na prática das relações humanas, ou se dado a conhecer, como de fato ocorreu, o seu fim ainda não é um dado enfrentado pela

dimensão histórica, razão pela qual a afirmação dos Direitos Humanos no contexto do Direito Fraternal, precisa ser reafirmada no espaço e no estabelecimento de relações fundadas na mútua fraternidade e na sua lição de bem-querer e de proteger o outro de que nos remete Touraine (2009) e promover o *autrement* ricoeuriano (2008), de boa aliança, de resposta negativa ao terror, simbólica de não agressão e de pactos de celebração da paz de que Bobbio (2009)<sup>300</sup> tanto anunciou e foi testemunha e sujeito.

Por último, certamente a conclusão mais significativa da pesquisa, pode-se observar que onde a Fraternidade constitui princípio inspirador, o resultado não poderia ser diverso: a fraternidade, enquanto princípio orientador do Direito Fraternal, no contexto contemporâneo, representa um fundamental critério interpretativo do conjunto de normas que servem de base para o Direito Fraternal.

---

<sup>300</sup> Utilizou-se para referência a obra “Terceiro Ausente”, pela expressão e atualidade da tradução para a língua portuguesa (a obra foi traduzida para o Português em 2009), de onde decorre a justificativa da pesquisa ao indicar neste ponto referido livro. Entretanto, em respeito ao conjunto da obra, haveria de se fazer referências as demais obras utilizadas neste, razão pela qual, indicam-se os livros que constam da bibliografia deste presente estudo.

## REFERÊNCIAS

Na mudança normal, simplesmente revisa-se ou acrescenta-se uma única generalização, e todas as outras permanecem as mesmas. Na mudança revolucionária, é preciso ou viver com a incoerência ou revisar em conjunto várias generalizações inter-relacionadas. Se essas mesmas mudanças fossem introduzidas uma de cada vez, não haveria refúgios intermediários. Apenas os conjuntos inicial e final de generalizações provêm uma explicação coerente da natureza.  
(Thomas Kuhn, 2006b, p. 41)

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ALVES, J. A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o Racismo e a Responsabilidade de Todos. *In Revista Brasileira de Política Internacional*. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais. Ano 45, nº 2, 2002, p. 198-219.

ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução Manuel Alberto. Lisboa: Relógio D'água Editores, 1968.

\_\_\_\_\_. **A Vida do Espírito**. Tradução João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, Vol. II, 1978.

\_\_\_\_\_. **Da Revolução**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília/Ed. Ática, 1988

\_\_\_\_\_. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **A Dignidade da Política**. (Org.) Antônio Ambrances; Tradução Maria Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

\_\_\_\_\_. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. (Lecture on Kant's political philosophy). Tradução e ensaio André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

\_\_\_\_\_. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Homens em Tempos Sombrios**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Violência**. Tradução André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização

Brasileira, 2009b.

\_\_\_\_\_. **Del desierto y los oasis**. Buenos Aires: La Nación, Suplemento Cultura, 19.11.2006, p. 01. Disponível em: [www.lanacion.com.ar/edicionimpresa/suplementos/cultura/nota.asp?nota\\_id=859761](http://www.lanacion.com.ar/edicionimpresa/suplementos/cultura/nota.asp?nota_id=859761). Acesso em: 19 nov.2009c.

ARISTÓTELES. **Ética**. Presentación, Gustavo Puente Feliz. Ed. Facs. de exemplar rarísimo de La Real Colegiata de San Isidoro de Leon. Leon: Universidad, Secretariado de Publicaciones: Cátedra de San Isidoro de la Real Colegiata, 1997.

ARNAUD, André-Jean. Verbete: Governança. In ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Orgs). **Dicionário da Globalização: Direito, Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 236-237.

BALDI, César Augusto. As Múltiplas faces do sofrimento humano: os Direitos Humanos em perspectiva intercultural. In **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.509-520.

BARBOSA, Rui. **O Dever do Advogado. Posse de Direitos Pessoais**. Texto Integral. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BENJAMIN, Walter. Magia e Técnica, Arte e Política: ensaios sobre literatura e história da cultura. Obras escolhidas. Tradução: Sergio Paulo Rouanet. Vol. 1. 5ª. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. (*Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*). Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 19ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e Liberdade**. (*Egualianza e Libertà*). Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

\_\_\_\_\_. **O tempo da memória: De senectute e outros escritos autobiográficos**. Tradução Daniela Versiani. 10ª Impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

\_\_\_\_\_. **Elogio da Serenidade: e outros escritos morais**. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Problema da Guerra e as Vias da Paz**. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Ed. UNESP, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos**. (*L'età dei Diritti*). Tradução Nelson Coutinho. 5ª.



Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

\_\_\_\_\_. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia.** Organização e apresentação José Fernández Santillán. Tradução César Benjamim e Vera Ribeiro. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Terceiro Ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra.** (Pietro Polito, org.). Tradução: Daniela Versiani. Barueri-SP: Ed. Manole Ltda., 2009

BOFF, Leonardo. Bases para a Cultura de Paz. In, MAGALHÃES, Dulce. **A Paz como Caminho.** Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006, p. 24-27.

\_\_\_\_\_. **Saber Cuidar: ética do humano – compaixão pela terra.** Petrópolis, Vozes, 7ª. Ed., 2001.

BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.** In **A Constituição do Mundo Globalizado.** DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.131-155.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969. Novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em 17 jan.2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)> Acesso em 24 nov.2009a.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera Dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:  
<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/> Acesso em: 25 nov. 2009b.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm) Acesso em: 28 set.2009c.

\_\_\_\_\_. **Carta das Nações Unidas**, assinada em São Francisco, 26 de junho de 1945, entrou em vigor em 24 de outubro de 1945. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php) Acesso em: 28 nov.2009d.

\_\_\_\_\_. **Centesimus Annus**. Ioannes Paulus II, 01 maio de 1991.  
Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html) Acesso em: 25 jan.2010a.

\_\_\_\_\_. **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, 1993. Disponível em:  
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm> Acesso em: 02 dez.2007.

\_\_\_\_\_. **Convenção Sobre Os Aspectos Civis do Sequestro Internacional De Crianças** (Convenção de Haia). Assinada em 25 outubro de 1980, em vigor no Brasil em 01 janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/convencaoahaia/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=74494&caixaBusca=N> acesso em: 14 jun.2009e.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Viena e o Programa de Ação**. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html> Acesso em: 11 jun.2009f.

\_\_\_\_\_. **Declaração do Milênio das Nações Unidas**. In **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio** – relatório nacional de acompanhamento. Brasília: IPEA, 2005. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/1/objetivos.htm> Acesso em 11 jun.2009; também, Disponível em: <http://www.odmbrasil.org.br/odm.php> Acesso em 11 jun. 2009g.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Independência dos Estados Americanos**. No congresso em 4 de julho de 1776. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110> Acesso em: 28 nov.2009h.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Votada em 02 outubro de 1789 Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm> Acesso em:28 nov.2009i.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) Acesso em: 28 nov.2009j.

\_\_\_\_\_. **Pacto de São José de Costa Rica**. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/index.html> Acesso em: 29 nov.2009k.

\_\_\_\_\_. **A Constituição e o Supremo**. 2ª. ed., Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009l.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. REFORMA AGRÁRIA – IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE – DESAPROPRIAÇÃO - SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE - FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL QUANTO A REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI N. 8.629/93, ART. 2, PAR. 2.) - OFENSA AO POSTULADO DO *DUE PROCESS OF LAW* (CF, ART. 5., LIV) - NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA –

MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. [...] Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos)-que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial exauribilidade. MANDADO DE SEGURANÇA 22164 / SP - SÃO PAULO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 30/10/1995 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ 17-11-1995. p.39206. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000224223&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun.2009m.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Supremo recebe Habeas Corpus de número 100.000.** Notícias, 17 de Julho de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110945&tip=UN> Acesso em: 18 jun.2009n.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Processo n.º 2005.51.01.009792-9 e outros.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/testeTexto/anexo/decisao1.pdf> Acesso em: 26 out.2009o.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. HC 82424 / RIO GRANDE DO SUL. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.** 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio

social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524; Parte(s): PACTE. : SIEGFRIED ELLWANGER; IMPTES. : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER; COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2082424.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2082424.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2082424.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2082424.ACMS.)&base=baseAcordaos) Acesso em 28 nov.2009p.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182/DF. Relator: Ministro Celso de Mello; Argte: Procuradoria Geral da República; Argdos: Presidente da República e Congresso Nacional; Advº: Advogado Geral da União. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=182%20&processo=182> Acesso em: 28 nov.2009q.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54> Acesso em: 28 nov.2009r.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Alegações Finais protocolizada em 30 mar.2009 em face da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Argte: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS (Advº Luís Roberto Barroso). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=2226954> Acesso em: 28 nov.2009; e também,

Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/adpf54-alegacoesfina.pdf> Acesso em: 28 nov.2009r.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal.** Ação Ordinária nº 2007.71.00.019882-0/RS, ajuizada por Róber Freitas Bachinski contra Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Disponível em:

[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=jfrs&document o=3312740&DocComposto=&Sequencia=&hash=5bba4665e7fb831406ec56975cfe58db](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&document o=3312740&DocComposto=&Sequencia=&hash=5bba4665e7fb831406ec56975cfe58db)  
Acesso em 28 nov.2009s.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Rádio Justiça destaca novidades do caso Goldman e cumprimentos de metas para finalizar processos:** Jornal da Notícia traz novidades do caso Goldman. (Matéria de 23 de Dezembro de 2009). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118231> acesso em: 28 dez.2009t.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Caso Goldman:** Veja no YouTube vídeos do julgamento em que Plenário do STF arquivou ação. (Matéria de 23 de Dezembro de 2009). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118225> acesso em 28.dez.2009u.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Caso Goldman:** AGU e pai biológico pedem retorno do menino aos Estados Unidos. (Matéria de 18 dez.2009). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118150&caixaBusca=N>  
Acesso em: 28 dez.2009v.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. As 10 matérias mais lidas em dezembro somam cerca de 127 mil acessos.** (Matéria de 01 de Janeiro de 2010). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118310&tip=UN>  
Acesso em: 02 jan.2010b.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM REsp nº 687.903–RS. 1.TÉCNICA DE JULGAMENTO.** O conhecimento dos embargos de divergência está sujeito a duas regras: (a) a de que o acórdão impugnado e aquele indicado como paradigma discrepem a respeito do desate da mesma questão de direito, sendo indispensável para esse efeito a identificação do que neles foi a razão de decidir; e (b) a de que esse exame se dá a partir da comparação de um e de outro acórdão, nada importando os erros ou acertos dos julgamentos anteriores (inclusive, portanto, o do recurso especial), porque os embargos de divergência não constituem uma instância de releitura do processo. 2. **AÇÃO RESCISÓRIA.** A Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal não se aplica em matéria constitucional. Embargos de divergência conhecidos e providos. **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 687.903–RS; 2006/0138478-0); RELATOR: MINISTRO ARI PARGENDLER; EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL; PROCURADORES: CARLOS DE ARAUJO MOREIRA E OUTRO(S) CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO; EMBARGADO: DIMON DO BRASIL TABACOS LTDA; ADVOGADO: ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES.** Publicação DJ 19-11-2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7027055&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7027055&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=5&formato=PDF); Acesso em: 10 jan.2010c.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM REsp nº 687.903 - RS (2006/0138478-0). VOTO-VISTA: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. PRAZO DE VIGÊNCIA. SÚMULA 343/STF. NÃO-APLICAÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ, seguindo o entendimento do STF no mesmo sentido, considera inaplicável a súmula 343/STF em ações rescisórias envolvendo matéria constitucional. A orientação tem como fundamento, entre outros, a preservação do princípio da supremacia das normas constitucionais, que, ao contrário das normas infraconstitucionais, não podem ficar sujeitas a interpretação razoável, mas apenas à melhor interpretação. 2. Questão constitucional, para esse efeito, não é apenas a que diz respeito à aplicação de preceitos normativos declarados inconstitucionais pelo STF (como entendeu o acórdão embargado), mas também a que envolve outras controvérsias submetidas à jurisdição constitucional do Poder Judiciário. Nesse sentido, há também questão constitucional quando a inconstitucionalidade tenha sido declarada diretamente pelo próprio acórdão rescindendo (REsp n.º 99.425/DF, 1ª T., Min. Gomes de Barros, DJ de 07.04.1997), ou quando este deixa de dar aplicação a preceito normativo constitucional incidente na espécie. 3. No caso, busca-se rescindir acórdão que, ao decidir questão relacionada com o prazo de vigência do crédito-prêmio do IPI instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei n.º 491/69, declarou a inconstitucionalidade de certos preceitos normativos cuja aplicação o demandante entende ser cabível, além de não ter dado aplicação a preceito normativo constitucional que deveria ter aplicado. Trata-se, sem dúvida, de ação rescisória envolvendo relevantes questões constitucionais e, como tal, não sujeita às restrições da súmula 343/STF.

4. Embargos de Divergência providos, acompanhando a divergência inaugurada pelo voto do Ministro Ari Pargendler. Publicação DJ 19-11-2009.

Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3323313&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3323313&sReg=200601384780&sData=20091119&sTipo=3&formato=PDF) Acesso em: 10 jan.2010e.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

**Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Ed. rev. Brasília: SEDH/PR, 2010, 228p. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf> Acesso em: 18 jan.2010f.

\_\_\_\_\_. **Extradição nº 1085 / IT – ITÁLIA**; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 26/06/2007; Partes: **REQTE.(S): GOVERNO DA ITÁLIA; ADV.(A/S): ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES**; EXTDO.(A/S): CESARE BATTISTI; ADV.(A/S): TATIANA ZENNI DE CARVALHO E OUTRO(A/S). **Publicação:** DJ 01/08/2007 PP-00072. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Ext\\$.SCLA.%20E%201085.NUME.\)&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Ext$.SCLA.%20E%201085.NUME.)&base=baseMonocraticas)

Acesso em: 25 jan.2010g.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Igualdade e liberdade dependem da permanente jurisdição constitucional, diz presidente do STF na Alemanha. Notícia, 18 de novembro de 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=99190> Acesso em: 25 jan.2010h.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 172-REF-MC**, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-09, Plenário, *DJE* de 21-8-09. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1> Acesso em: 28 jan. 2010i.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1.085**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 9-9-09, Plenário, *Informativo* 558. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>, Acesso em: 10 fev. 2010j.

\_\_\_\_\_. **O Círculo de Giz Caucasiano** (Der Kaukasische Kreidekreis). Bertold Brecht (1944-1945). Estréou em 1954, no Berliner Ensemble e no Brasil em 1963. Disponível em: [http://www.cecac.org.br/Coluna/Circulo\\_de\\_Giz\\_Caucasiano-SP.htm](http://www.cecac.org.br/Coluna/Circulo_de_Giz_Caucasiano-SP.htm). Acesso em: 12 jun 2009y.

\_\_\_\_\_. **O Caso “Césio 137”.**

Disponível em: <https://junte-se-ao-greenpeace.org.br/?ref=cesio137> Acesso em: 15.jun.2009z.

\_\_\_\_\_. Gripe suína: Instituto Butantan começa a distribuir vacinas importadas da França e EUA. In **“O Globo”**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2010/01/05/gripe-suina-instituto-butantan-comeca-distribuir-vacinas-importadas-da-franca-eua-915466400.asp> Acesso em 05 jan.2010k.

\_\_\_\_\_. **Após tremor, ONU diz que Haiti vive "catástrofe histórica"**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI4209048-EI14687,00-Apos+tremor+ONU+diz+que+Haiti+vive+catastrofe+historica.html> Acesso em: 16 jan.2010l.

\_\_\_\_\_. **Em último discurso, Zilda Arns defendeu proteção à infância**. Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/s/14012010/48/manchetes-ultimo-discurso-zilda-arns-defendeu.html> Acesso em: 16 jan.2010m.

\_\_\_\_\_. **Urânio contaminou água em Caetité, diz relatório. Caetité muda rotina após denúncia do Greenpeace**. Disponível em: <http://www.greenpeace.org.br/uranio/fazer.php> Acesso em: 25 jan.2010n.

\_\_\_\_\_. **Por Dentro do Projeto Genoma**. Disponível em: <http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?materia=3054> Acesso em 25 jan.2010o.

\_\_\_\_\_. **O Projeto Genoma Humano**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/projeto-genoma.htm> Acesso em: 25 jan.2010p.

\_\_\_\_\_. **Jovem tigre real de bengala está preso em zoológico da Índia**. Animal não poderá mais voltar para seu habitat natural. Ele é proveniente do maior mangue do mundo. Notícia que circulou Em 31/12/08 - 10h30 - Atualizado em 31/12/08 - 15h24 Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL939996-5602,00.html> Acesso em 18 jan.2010q.

\_\_\_\_\_. **Sobreviventes lembram 65º aniversário da liberação de Auschwitz.** 27 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI4229956-EI8142,00-Sobreviventes+lembram+aniversario+da+liberacao+de+Auschwitz.html> Acesso em 27 jan.2010r.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Terrorismo Internacional e os Impasses do Direito Internacional. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.** 1ª Ed. Belo Horizonte: Puc Minas, 2006, vol. 1, p. 377-410.

BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia: Idade da Fábula - Histórias de Deuses e Heróis – Edição Especial.** Tradução David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade.** Tradução e notas, Elicio De Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 1988.

CAPRA, Fritjof. **Conexões Ocultas.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 3ª. Ed., São Paulo, Ed. Cultrix, 2003.

CARRAUD, Vicent. Verbete: Blaise Pascal. In CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral.** Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, Vol 2, p. 285-291.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Público e Privado na perspectiva Constitucional Contemporânea.** Disponível em: <http://www.cead.unb.br/agu/> acesso em 26 ago.2009.

CASAGRANDE, Lino. O problema do outro ou a percepção do próximo em Ortega Y Gasset. In BOMBASSARO, Luiz Carlos; PAVIANI, Jayme (Orgs). Razão, sujeito, autonomia: temas ainda atuais? **Filosofia, Lógica e Existência: Homenagem a Antonio Carlos Kroeff Soares.** Caxias do Sul: EDUCS, 1997, p. 330-342

CLAUDE, Richard Pierre. **Direito à educação e educação para os direitos humanos.** Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. V. 2 nº 2, São Paulo, 2005, Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100003&script=sci_arttext) Acesso em 10 jun. 2009

COLPANI, Clóvis Lopes. Teologia da Libertação e Teoria dos Direitos Humanos. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-209.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno.** São Paulo: Cia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.



CORREAS, Oscar. **Acerca de los Derechos Humanos**: apuntes para un ensayo. 1ª. Ed., México-DF, Universidad Autónoma de México/Ediciones Coyocán, S.A de C. V., 2003.

CRANSTON, Maurice *apud* ROSENFELD, Michel. O Constitucionalismo Americano confronta o novo Paradigma Constitucional de Denninger. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos** nº 88, Dezembro/2003 p. 47-79.

CRUZ, Álvaro Ricardo de souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. O Terrorismo como distorção Discursiva ou Fracasso Logocêntrico. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado (Orgs). **Constituição e Processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 37-78.

CULLETON, Alfredo. **Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos?** São Leopoldo –RS: Estudos Jurídicos, Unisinos, julho-dezembro 2007, p. 57-59.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2ª. Ed., revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2007.

DAVID, René. **Os Grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3ª. Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. (*Pour un droit Commun*). Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Três Desafios para um Direito Mundial**. (*Trois Défis pour un Droit Mondial*). Tradução e pós-fácio Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DELORS, Jacques. **Educação um tesouro a descobrir**: Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. 9 ed., São Paulo: Cortez, 2004.

DENNINGER, Erhard. “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. In, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 88. Dezembro/2003, p. 21-45.

DIAS, Maria Clara. Verbetes: Direitos Humanos. (Coord.) Vicente de Paulo Barreto. In **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006, p. 246-248.

DINIZ, Antonio Carlos. Verbetes: Pós-modernismo. In, BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006, p. 647-650

DOMINGUES, Ivan. Verbetes “Max Weber”. In, BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006, p. 856-859.

DULCE, Maria José Farinas. **Los Derechos Humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud post moderna”. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas/ Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo:

Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império dos Direitos.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ÉSQUILO. **Prometeu Acorrentado.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

FARIA, José Eduardo (Org.). O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-econômico. In **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 11-29.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para Avaliação da Justiça Brasileira. In **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 94-112.

FARIAS, José Fernando Castro. **A origem do Direito de Solidariedade.** Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Y Garantias – La Ley del más débil.** Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade da Resistência. In WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina.** Rio de Janeiro: Lumen Juris ed., p.359-385.

FONSECA, José Roberto Franco da. Dimensão Internacional dos direitos fundamentais da pessoa. In **Revista da Faculdade de Direito da USP,** 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões.** 14. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GALVÃO, Laila Maia. O Direito à memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe. (Coords.). **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 443-457.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: Direito Fundamental.** São Paulo, RT, 2<sup>a</sup>. ed., 2004

GARRIDO, Diego López. Valor Constitucional, Concepto Y Evolución de Los Derechos Humanos. In: GARRIDO, Diego López; GARROTE, Marcos Francisco Massó; PEGORARO, Lúcio (Directores). **Nuevo Derecho Constitucional Comparado.** Barcelona: Tirant Lo Blanch, 2000.

GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **Globalização e Sociedade de Controle: a cultura do medo e o mercado da violência.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. Verbete: Nietzsche, Friedrich Wilhelm. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006, p. 593-598.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. (The consequences of Modernity). 5ª. Impressão. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP Fundação, 1991.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. In CASO, Giovani; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (orgs.). **Direito e Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova, Ltr, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. Los Derechos del Hombre: Orígenes e Prospectiva. In SAUCA, José Maria. **Problemas Actuales de los Derechos fundamentales**. Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/ Boletim Oficial del Estado, 1994, p. 23-50.

GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite; FONSECA, Márcio Alves da. Verbete: Governabilidade. In ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Orgs). **Dicionário da Globalização: Direito, Ciência Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229-232.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Perspectivas Sobre Participação e Democracia no Brasil**. Ijuí-RS: Ed. Unijuí, 2007.

GORCZEWSKI, Clovis. Direitos Humanos, Educação e Cidadania. In: Leal, Rogério Gesta; Reis, Jorge Renato. (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 5. 1ª. ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 1279-1303.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª. ed., ver. e ampl., São Paulo: RCS Ed., 2005.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los Derechos Fundamentales. In SAUCA, José Maria. **Problemas Actuales de los Derechos fundamentales**. Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/ Boletim Oficial del Estado, 1994, p. 81-126.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política**. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler –UGF). Vol. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade** Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Tomo II. Madrid-ES: Altea, Taurus, Alfaguara, 1987.

HADOT, Pierre. (Tradução Mariana Sérulo). **O véu de Ísis**: ensaio sobre a história da idéia da natureza. São Paulo: Ed. Loyola, 2006.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, 530 p.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. Tradução Marco Antônio Casanova. Vol I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos**: a construção de uma utopia. 3ª ed., Aparecida-SP: Ed. Santuário, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos**: uma idéia, muitas vozes. Aparecida-SP: Ed. Santuário, 1998.

\_\_\_\_\_. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2ª ed. Revista. Aparecida-SP: Ed. Santuário, 2002.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos** – o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HOGEMANN, Edna Raquel. Verbete “Hans Jonas”. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo-RS: Ed. Unisinos – Renovar, 2006, p. 480-482.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Holmes. **O Direito Comum e as Origens do Direito Anglo-Americano**. São Paulo: Ed. Cruzeiro, 1963.

HONET, Axel. **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. 1ª. Ed., São Paulo: Editora 34, 2003.

IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; ALMEIDA, Guilherme, et alii. **Curso de Formação de Conselheiros em Direitos Humanos** (abril-julho/2006). Ágere Cooperação em Advocacy. Secretaria Especial dos Direitos Humanos/PR, p. 1-5.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. (Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez). Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

\_\_\_\_\_. **Técnica, Medicina y Ética**: sobre la práctica del principio responsabilidad. (Tradução Carlos Fortea Gil). Barcelona/Buenos Aires, Ed. Paidós Ibérica y Ed. Paidós, 1985.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Tradução Artur Morão. Lisboa, Ed. 70, s/d.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Prática**. (*Kritik der Praktischen Vernunft*). Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*). Tradução Leopoldo Holzbach e Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (Reine Rechtslehre). Tradução Dr. João Baptista Machado. 4ª. Ed., Coimbra-Portugal: Arménio Amado Editor, sucessor Ceira, 1976.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional.** Tradução do alemão Alexandre Krug; Tradução do italiano Eduardo Brandão; Tradução do francês Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e Crise.** Rio de Janeiro: EDUERJ/Contraponto, 1999.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006a.

\_\_\_\_\_. **O Caminho desde a Estrutura.** Tradução Cesar Mortari. São Paulo: Ed. UNESP, 2006b.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6ª. Reimpressão. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LAMA, Dalai. **Uma ética para o milênio.** Tradução Maria Luiza Newlands. 7ª ed. Rio de Janeiro, Sextante, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. **O Império do Efêmero:** a moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano.** São Paulo: Nova Cultural, 1997.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio.** Madrid: Marcial Pons, 1996.

\_\_\_\_\_. **La tercera generación de derechos humanos.** The global Law Collection. 1ª. ed. Navarra: Garrigues Cátedra. Madrid: Thomson/Aranzadi, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude.** (*After Virtue. A Study in Moral Theory*). Bauru-SP: EDUSC, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, “in” **Cidadania e Justiça**, nº 6, 1999.

MARTEL, Leticia de Campos Veolho. **Devido Processo Legal Substantivo:** Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade – A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 2005.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; GARCÍA, Eusebio Fernandez. ROIG, Rafael de Asís.

(Orgs) **Historia de los Derechos Fundamentais.** Transito a la Modernidad: siglos XVI Y XVII. 1ª. Reimpresión. Tomo I. Madrid: Dykinson, S. L., 2003.

\_\_\_\_\_. **Historia de los Derechos Fundamentais.** El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos Humanos e comunidad internacional: los orígens del sistema. Siglo XVIII. Tomo II, Vol. III. Madrid: Dykinson, S. L., 2001a.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; MANRIQUE, Ricardo García. Los Textos de La Revolución Francesa. In **Historia de los Derechos Fundamentais.** El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos Humanos e comunidad internacional: los orígens del sistema. Siglo XVIII. MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; GARCIA, Eusébio Fernandez. ROIG, Rafael de Asís. (Orgs) ,Tomo II, Vol. III. Madrid: Dykinson, S. L., 2001b.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Derecho e Derechos Fundamentales.** Colección: El Derecho e la Justicia. (Dirigida por Elias Díaz). Madrid: Centro de Estudios Fundamentales, Dykinson, S. L, 1993.

\_\_\_\_\_. **Derechos Sociales Y positivismo Jurídico:** Escritos de Filosofía Política. Cuadernos “Bartolomé de las Casas nº 11. 2ª. Ed. Madri: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”; Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, S. L., 1999.

\_\_\_\_\_. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho.** Cuadernos “Bartolomé de las Casas nº 26. 2ª. Ed. Madri: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”; Univerdida Carlos III de Madrid. Dykinson, 2003.

\_\_\_\_\_. **Leciones de Derechos Fundamentales.** (Colab. ROIG, Rafael de Asís; y María del Carmen Barranco Avilés). Colección Derechos Humanos Y Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2004.

MARTÍNEZ, José María Seco. Globalización: El Nirvana del Viejo Orden Burgues. In RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera: CARVALHO, Salo de. **Direitos Humanos e Globalizaçã: fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris ed., 2004, p. 141-160

MARTINS, Aloysio Augusto Paz de Lima. Verbete “BENTHAM, Jeremy”. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Ed. Unisinos - Renovar, 2006, p. 94-96.

MATOS, Olgária C.F. **Os Arcanos do inteiramente Outro:** a Escola de Frankfurt, a melancolia, a revolução. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1989.

MATURANA, Humberto. A ontologia da realidade. MATURANA, Humberto; MAGRO, Cristina; GRACIANO, Miriam; VAZ, Nelson (org.) Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1997.

MORA, Adela. Acerca de la Evolución Histórica de los Derechos Humanos. In SAUCA, José Maria. **Problemas Actuales de los Derechos fundamentales.** Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/ Boletim Oficial del Estado, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. O Estado e os Sistemas Constitucionais. 7ª. Ed. Revista e Atualizada, Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3ª. Ed., revista e atualizada. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 2ª. Ed. Revista e Atualizada, Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MOMMSEN, W. Max Weber. **Sociedad, política y história**. Barcelona, Ed. Laia, 1981.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos e Constituição: o novo da EC 45/04. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. 1º ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, Tomo 5, p. 1427-1478.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: Rubio Sanchez-Rúbio, David; Flores, Joaquin Herrera e Carvalho, Salo de. **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.117-140.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

MORIN, Edgar. **O paradigma perdido** – a natureza humana. Lisboa: ed. Europa-américa, 1973.

MUNOZ-DARDÉ, Veronique. Tradução Magda Lopes. Verbetes: “Fraternidade”. In CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, Vol. 1, 2003, p. 660-672.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2004.

NEVES, Marcelo. Verbetes “Autopoiese”. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich W. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 88**. Dezembro/ 2003, p. 109-147.

ORTEGA Y GASSET, J. **Meditações do Quixote**. São Paulo : Iberoamericana, 1967.

PAPISCA, Antonio. **Democrazia Internazionale: via di Pace**. Milano, Ed. Franco Angeli, 1990. in Antonio Papisca e Marco Mascia. *Le Relazioni Internazionali nell'era della interdipendenza e dei Diritti Umani*. Padova, Cedam, 1991.

PECORA, Gaetano. *La libertà dei moderni*. Roma: Luiss University Press, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio. Escasez Y Derechos Humanos. In SAUCA, José M<sup>a</sup>. **Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – Boletim Oficial do Estado, 2004, p. 193-213.

\_\_\_\_\_. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Colaboración de Rafael de Asís Roig y Maria Del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Dykinson, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. Max Limonad: São Paulo, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, Vol. II, 2007, p. 15-37.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais Europeu, Interamericano e Africano. In PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, Vol. II, 2007, p. 309-326.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal de Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas. In MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009, p. 339-358.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999, p.239-254

\_\_\_\_\_. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: UNESP, 1996.

RALWS, John. **Direito dos Povos** (The law of Peoples). Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Estudo da Implementação dessas decisões no Direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Pluralismo Jurídico enquanto Fundamentação para a Autonomia Indígena. In, WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 311-326.



\_\_\_\_\_. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Vol 205, nº 1. Julho a Setembro de 2008. MC na ADIN 2648-CE. Repte.: Associação dos Magistrados Brasileiros; Reqdo.: Governador do Estado do Ceará e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. 2008, p. 82-99.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Tradução Sandra Regina Martini Vial (Coord.). Santa Cruz do Sul-RS: EDUNISC, 2004.

RICOEUR, Paul. **Outramente**: Leitura do livro *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence* de Emmanuel Lévinas. Tradução Pergentino Stefano Pivatto. 2ª. ed., Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *In Relações Raciais no Brasil*: Desafios Ideológicos à Efetividade do princípio jurídico da igualdade e ao reconhecimento da Realidade Social Discriminatória entre Negros e Brancos. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. (Org.) César Augusto Baldi. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 465-489

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte, Jurídicos Lê, 1990.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo. In ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROKEACH, Milton. *The Nature of Human Values*. London: Collier MacMillan, 1973.

ROSA, Alexandre Morais da. Garantias Constitucionais: um discurso que não seduz. In, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2009.

ROSENFELD, Michel. O Constitucionalismo Americano confronta o novo Paradigma Constitucional de Denninger. In, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 88, Dezembro/2003, p. 46-79.

RUBIO, Sánchez David. **Contra uma Cultura Anestesiada de Derechos Humanos**. 1ª ed. SanLuis Potosí – Me: Faculda de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luiz Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luiz Potosí, 2007.

TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1980.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Vol. III, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Pensar outramente**: o discurso interpretativo dominante. (*Penser autrement*). Tradução de Francisco Moras. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y Transcendência (votos em la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2007.

SARAMAGO, José. **O Evangelho segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. ed., 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Verbete: “Dignidade da Pessoa Humana”. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. **Reflexões sobre o Racismo: I Reflexões sobre a Questão Judaica, II Orfeu Negro**. Tradução J. Guinsburg. Rio de Janeiro – São Paulo: Difel, 6ª. ed., 1978.

SCHMITT, Carl. **El Concepto de Lo Político**: texto de 1932 com um prólogo y tres corolarios. Versão Rafael Agapito. 4ª Reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

\_\_\_\_\_. **O guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. (Coord. Luiz Moreira). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. Os Crimes contra a Humanidade e o Genocídio perante os Tribunais Penais Internacionais. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Felipe Daniel Amorim Machado. **Constituição e Processo: A Resposta do Constitucionalismo à Banalização do Terror**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2009, p. 79-110.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. “Da ‘invasão’ da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da ‘inferioridade’ latino-americana”. In: Wolkmer, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 279-330.

\_\_\_\_\_. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva nas Relações Contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In, COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2005, nº 2, 2006, p.113-136.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. Manipulação da Vida, Avanços Tecnológicos e Direitos Humanos. **Direitos Humanos**. In Flávia Piovesan (Coord.) Curitiba, Juruá, 2007, p.519-532.

TOFFLER, Alvim. **A Terceira Onda**. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1980.

TOURAINÉ, Alain. **Pensar Outramente**: o discurso interpretativo dominante. Tradução Francisco Moras. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). In, O aprimoramento do Processo Civil como garantia da cidadania. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio**. In: Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Dia 25 de maio de 2000. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm) Acesso em: 11 jun.2009.

\_\_\_\_\_. O legado da Declaração Universal e o futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 13-51.

URRUTIA, Juan. Hacia una Concepción Fraternal de los Derechos Humanos. In SAUCA, José Maria. **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid-Es: coedição Universidade Carlos III-Boletim Oficial do Estado, 1994, p. 241-245.

VATIMO, Gianni. **O Fim da Modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderana. Tradução Eduardo Brandão. 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2004

VASAK, Karel apud IVO DANTAS. DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2ª. Ed., revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, v. 7, 2005.

VIAL, Sandra Regina Martini. O direito fraterno: uma análise da inclusão/exclusão na sociedade hodierna. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 5. Santa Cruz do Sul-RS: EDUNISC, 2005, p. 1479-1494.

VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade Complexa e o Direito Fraterno. SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.).In **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 181-201.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: desafios do Direito C45-+itucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 449-476.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua grita Dionísio**: Direitos Humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WEIL, Pierre. Organizações e Tecnologias para o Terceiro Milênio: a nova cultura

organizacional holística. 5ª ed., Rio de Janeiro: Record, Rosa dos Tempos, 1997.  
WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos da Crítica no Pensamento Político e Jurídico Latino-americano. In **Direitos Humanos e filosofia Jurídica na América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-42.

\_\_\_\_\_. **Introdução Ao Pensamento Jurídico Crítico**. 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.