

DIREITOS HUMANOS: PROTEÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ATRAVÉS DA – NECESSÁRIA – LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA*

Ana Lucia Pretto Pereira **

Sumário: **1. Notas introdutórias. 2. Primeiro momento: proteção intensa; fundamentação esmorecida.** 2.1. A positivação dos direitos humanos. 2.2. A abertura normativa da Constituição. **3. Segundo momento: proteção desconfiada, fundamentação questionada.** 3.1. Considerações preliminares. 3.2. O papel da Jurisdição constitucional na proteção dos direitos humanos: colocação do problema. 3.2.1 *Considerações gerais.* 3.2.2 *Considerações específicas.* 3.3. O argumento democrático. **4. Terceiro momento: proteção a sério; fundamentação, idem.** 4.1. A problemática acerca da fundamentação dos direitos humanos. 4.2. Algumas propostas. **5. Breves conclusões. 6. Referências bibliográficas.**

- **Resumo:** o texto trata da problemática acerca da fundamentação de direitos humanos. Inicia apresentando uma visão sobre a positivação dos direitos humanos, passa para a discussão acerca do papel reservado à jurisdição constitucional quanto à sua legítima proteção, e chega à apresentação de algumas propostas teóricas a respeito de sua fundamentação.
- **Palavras-chave:** direitos humanos – fundamentação – jurisdição constitucional.
this paper deals with the problem of human rights reasoning. After a presentation about a positive vision of human rights, it continues to the discussion about the role reserved to judicial review of a legitimate constitutional protection, and ends with a presentation of some theoretical propositions about their reasoning. Ouvir. Ler foneticamente. Dicionário - Ver dicionário detalhado
- **Key-words:** human rights – reasoning – judicial review

*“Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.”
(Boaventura de Sousa Santos)¹*

1. Notas introdutórias.

O ano de 2007 (precisamente, o dia 10 de dezembro, dia mundial dos direitos do homem) marca o início das comemorações do aniversário de 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Algumas reflexões, pois, se impõem em face de questões atinentes à proteção daqueles direitos.

Positivar a proteção dos direitos humanos foi o grande trunfo dos Estados soberanos no decorrer do bélico século XX. Tratados, convenções, acordos e resoluções foram firmados, e seus teores incorporados nas contemporâneas cartas constitucionais. Nada de errado, à primeira vista, não fosse o fato de, progressivamente, esses direitos terem sido usados como mote para intervenções

¹ O presente trabalho foi apresentado como *paper* de conclusão de curso à disciplina Teoria Crítica dos Direitos Humanos, ministrada no segundo semestre de 2007, pela Profa. Dra. Katya Kozicki no PPGD da UFPR. Optou-se por sua publicação por considerarmos certa atualidade dos temas nele debatidos.

** Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela UFPR. Bolsista do CNPq.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

políticas dos países desenvolvidos sobre os países periféricos, com intenções sensivelmente distanciadas da verdadeira proposta de intervenção humanitária enquanto forma de prevenir uma catástrofe humana em determinada nação. Corresse, pois, o sério risco de o mundo humanitário virar uma constante batalha em que potências militares impõem suas decisões políticas sobre os países menos desenvolvidos.

Nesse contexto, o Judiciário assume um papel de agente definidor de direitos humanos. Quando questões que versem sobre a violação de direitos humanos chegam às mãos do julgador, ele deverá construir uma solução adequada ao caso concreto, partindo de – ou *criando* – uma determinada fundamentação para referidos direitos. Aqui, pois, é importante discutir a legitimidade do Judiciário para que possa *dizer* (jurisdição; juris-dicção; *jurisdictio*) esses direitos.

Qual a legitimidade do Judiciário para, diante de uma norma aberta de direitos humanos, entender que a sua proteção é ou não adequada ao caso concreto? Ademais, o fato da norma de direitos humanos ser aberta leva a outra problemática, que é a sua *fundamentação*, uma vez que, em se tratando, as normas que tutelam direitos humanos, de expressões *vagas, elásticas e imprecisas*, tais normas albergariam uma grande quantidade de situações fáticas possíveis – ou, dependendo da comunidade em que a norma se insere, *nenhuma* situação fática. Desse modo, pergunta-se: cabe ao juiz, no caso concreto, *identificar* – ou *construir*, por meio de *interpretação* – essa fundamentação? E mais: que fundamentação é essa?

Postas essas premissas, o presente estudo passará por três momentos distintos, que obedecem a uma dada lógica de raciocínio: num primeiro momento, procuraremos mostrar como se deu a grande preocupação com a garantia de *proteção* dos direitos humanos, o que acabou relegando a segundo plano maiores reflexões acerca da *fundamentação* desses direitos. Num segundo momento, atentaremos para a necessidade de que haja uma *relativização* daquela proteção ostensiva dos direitos humanos, cedendo um bom lugar à temática concernente à sua fundamentação. Por fim, no terceiro e derradeiro momento, procuraremos demonstrar que a preocupação com a proteção dos direitos humanos ainda se mostra deveras relevante, mas *igualmente* importante é a necessidade de se *refletir* acerca da fundamentação que é costumeiramente atribuída a tais direitos.

2. Primeiro momento: proteção intensa; fundamentação esmorecida.

2.1. A positivação dos direitos humanos.

O período de redemocratização que antecedeu a concepção da Constituição brasileira de 1988 permitiu que as forças de oposição da sociedade civil pudessem organizar-se, no sentido de buscarem a positivação de direitos e garantias até então ausentes em nossa história constitucional.² Conforme aponta Flávia Piovesan, a

² “Porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” é que a nova Constituição foi chamada de *Constituição Cidadã*, pelo então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães.

partir da nova Carta constitucional “os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.”³ Disso resultou uma Constituição que conta com 250 artigos, dentre os quais muitos trazem extenso rol de incisos, além de parágrafos e alíneas. Por essa razão, nossa Carta Política é classificada como *analítica*⁴, o que denota, pode-se dizer, preocupação do constituinte originário com eventuais arbitrariedades dos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento dos comandos constitucionais. O que é natural em uma carta constitucional cujo nascedouro sucede duas décadas de repressão.

Desse modo, temos a presença, na Carta brasileira, de dispositivos protetivos de direitos humanos e fundamentais.⁵ A positivação⁶ dos direitos humanos dá-se com maior intensidade no período pós-guerra, em que a lógica da destruição em massa toma os indivíduos enquanto seres descartáveis, suprimindo todo e qualquer valor da dignidade humana.⁷ A proteção daqueles direitos acaba indo além dos limites da jurisdição doméstica, passando a assumir legítimo interesse internacional, levando ao desenvolvimento de mecanismos processuais internacionais de proteção dos direitos humanos.⁸ Entendeu-se que havia a necessidade urgente de legalizar direitos inalienáveis do homem, bem como fixar *mecanismos* para sua proteção e respectivas *sanções* quando tais direitos se achassem violados. Assim é que a inserção de direitos humanos e fundamentais nas cartas constitucionais contemporâneas tornou-se a ordem do dia.⁹

Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90. Devemos a lembrança a Flávia Piovesan, em seu **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 55.

³ PIOVESAN, F., ob. cit., p. 55.

⁴ A classificação é de BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵ No presente trabalho, trataremos de direitos humanos e fundamentais indistintamente.

⁶ É importante destacar que, não obstante o século XX tenha caracterizado o período de intensa positivação de direitos humanos, o desenvolvimento desses direitos remonta a épocas bastante anteriores: a Magna-Charta-libertatum, de 1215; o Acta de Habeas Corpus, de 1679; a Bill of Rights, de 1689; a Declaração de Direitos de Virginia, de 1776; e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. In: KAUFMANN, Arthur. La universalidad de los derechos humanos. Um ensayo de fundamentación. **Persona y Derecho**. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998, p. 11.

⁷ *Ibidem*, p. 140.

⁸ *Ibidem*, p. 139. Exemplos: Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, para julgar os criminosos de guerra; Tribunal Penal Internacional, que é Corte de caráter permanente e independente, com jurisdição sobre violações de grande gravidade sobre a comunidade internacional; Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo documento base é a Convenção Americana de Direitos Humanos; Tribunais Criminais Internacionais com jurisdição específica (como os de Ruanda e Iugoslávia).

⁹ Nesse sentido, Charles Taylor aduz: “As Cartas de direitos estão agora embutidas nas constituições de diversos países, inclusive na União Européia. Essas são as bases do controle de constitucionalidade, quando a legislação ordinária dos diferentes níveis do governo pode ser invalidada quando estiver em conflito com direitos fundamentais.” _____, **A world consensus of human rights?** Dissent, 43 (Summer, 1996), p. 413.

Mas tal movimento não foi incorporado apenas pelas cartas políticas dos Estados-nação. O século XX foi marcado por uma intensa produção de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Podemos, a título de exemplo, mencionar os mais conhecidos, que são a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁰; e o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969.¹¹

Desse modo, pode-se dizer que a preocupação com a proteção dos direitos do homem assumiu dimensões globais, caracterizando o que Celso Lafer cunhou como a “existência axiológica de um *consensus omnium gentium* sobre a relevância dos direitos humanos para a convivência coletiva.”¹² Vale dizer, a positivação de tais direitos, bem como a assinatura dos diversos instrumentos internacionais para sua proteção, impingiram nos Estados-soberanos signatários o dever-poder de trabalhar pela sua observância. E a positivação de tais direitos nas cartas constitucionais intensificou o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos contrários aos direitos do homem, conforme veremos a seguir.

2.2. A abertura normativa da Constituição.

Ainda dentro dessa conexão entre o período pós-guerra e o movimento de formalização da proteção internacional dos direitos humanos, Susanna Pozzolo atribui a tal período da história o melhor exemplo do momento de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ocidentais.¹³ Isso porque, segundo a autora, as atrocidades decorrentes dos conflitos bélicos fizeram ser reconhecido um grande número de princípios de justiça e de direitos fundamentais, impondo aos Estados tanto o dever de não intervenção na esfera privada dos cidadãos, quanto o de desenvolvimento de políticas positivas em prol da efetividade daqueles direitos fundamentais. Conseqüência disso é que a positivação daqueles valores e princípios se deu por meio de expressões *vagas, elásticas e imprecisas*, dando aos seus intérpretes a tarefa de interpretar e aplicar aqueles valores através de uma tomada de posição moral, no intuito de dar-lhes concreção.¹⁴

No caso da Constituição de 1988, verifica-se que a grande quantidade de dispositivos não foi suficiente para atender à complexidade das relações sociais que

¹⁰ A qual veio definir os direitos humanos e as liberdades fundamentais já apresentados como objeto de proteção pela Carta das Nações Unidas. PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 152.

¹¹ Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

¹² Lafer registra que a Conferência de Viena da ONU, de 1993, reuniu delegações de 171 estados e teve 813 organizações não-governamentais acreditadas como observadoras. In: BOBBIO, Norberto. (apresentação) **A Era dos Direitos**. 3. tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹³ POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 190.

¹⁴ *Ibidem, idem*. No mesmo sentido, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 92-93.

se inovam a cada dia na sociedade brasileira. A coexistência de uma pluralidade de valores (por vezes, de todo contraditórios) dificulta a formação de uma moralidade comum capaz de ser agregada em um punhado de princípios jurídico-constitucionais.¹⁵ Diante disso, é fato que não se pode mais confiar à simples atitude subsuntiva a efetividade da Constituição, o que significa a afirmação de sua *onipresença*.¹⁶

Demais disso, inobstante o detalhismo por que optou o constituinte originário, há outro impasse interpretativo na Constituição de 1988 e que está estreitamente ligado ao debate acerca da legitimidade do Judiciário para definição de normas em casos que envolvam direitos humanos, que é a *abertura* do texto constitucional. O conceito de *textura aberta do direito* foi desenvolvido por Herbert L. A. Hart, para quem o direito é formado por “regras gerais”, “padrões gerais de conduta”, funcionando como mecanismo de controle social. Desse modo, a abertura normativa do direito daria ampla margem à discricionariedade judicial. “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão: possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*.”¹⁷

Nessa toada, temos que a Constituição formal, por conta de sua própria natureza, além de fixar diretrizes e impor limites, é resultado da positivação de uma ordem de valores que uma determinada sociedade entende ser importante para si. E essa mesma positivação não poderia pretender normatizar cada situação *in concreto*,¹⁸ tanto pela inviabilidade de previsão legal de todas as situações jurídicas futuras,

¹⁵ De acordo com Luís Prieto Sanchís, o constitucionalismo contemporâneo está conduzindo a uma nova teoria do direito – o neoconstitucionalismo -, a qual teria como traços principais: 1) a existência de mais princípios do que regras; 2) onipresença da Constituição em todas as relações jurídicas, desde as mais simples às mais complexas, tomando o lugar das opções legislativas; 3) maior uso da técnica da ponderação, em lugar da subsunção; 4) onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, 5) coexistência de uma pluralidade de valores, muitas vezes contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de princípios e de leis. _____ . Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 131.

¹⁶ A expressão é emprestada de Luis Prieto Sanchís, conforme se vê na nota 2, *supra*.

¹⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005, p. 140-141.

¹⁸ Por exemplo, a liberdade de associação, prevista nos incisos XVII e XX, do art. 5º da Constituição Federal. Hoje, há muitas associações para fins comunitários, que fecham ruas, controlam segurança de um bairro, por exemplo. Ocorre que há vizinhos que se recusam a associar-se e não participam do rateio das despesas. Diante disso, as associações ajuízam ações contra o vizinho. Porém, um dos princípios constitucionais brasileiros é a *vedação do enriquecimento ilícito* (no caso, do vizinho que se recusa a associar-se). Nesse caso, poderia o julgador antecipar-se a uma eventual legislação regulamentadora dessa hipótese específica, e decidir o caso? O exemplo foi utilizado por Clèmerson Merlin Clève, em aula do curso de graduação em Direito da UFPR, em 08.05.2007, e ilustra a problemática decorrente da imprevisibilidade de todas as situações fáticas a serem discutidas no âmbito jurisdicional.

quanto pelo risco de se ter uma carta “dura”, e uma *praxis* estritamente dogmática. Além disso, a partir da leitura dos princípios que regem a República Federativa do Brasil (notadamente aqueles que regem o país em suas relações internacionais, encontrando-se no art. 4º da nossa Constituição), pode-se perceber a importância que o constituinte originário atribuiu ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, conferindo-lhe o *status* de suporte axiológico a todo o ordenamento jurídico.

No que concerne à proteção supra-estatal dos direitos humanos, também os documentos pertinentes (tratados, acordos, convenções, resoluções) são dotados de normas bastantes *abertas*, no conceito hartiano. Tomemos como exemplo o art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Essas são normas que aceitam a subsunção de uma infinidade de situações fáticas, inclusive a intervenção de países ocidentais em outros Estados soberanos, a pretexto da proteção dos direitos humanos. Uma figura bastante comum, e que é manejada no julgamento para crimes decorrentes da guerra, é a – abertamente – denominada *costume internacional*.¹⁹

Observa-se, pois, a preocupação dos Estados-soberanos e dos organismos internacionais em providenciar mecanismos de proteção dos direitos humanos. Mas, e a fundamentação desses direitos? A que valores universais, que devem ser incontestemente protegidos, eles remetem? A abertura do texto da Constituição, bem assim dos instrumentos internacionais de positivação de direitos humanos, pode albergar um sem-número de possibilidades fáticas, o que atribui sensível liberdade de interpretação ao julgador, tornando relevante, nessa esteira, o debate acerca de sua legitimidade para *dizer o que quer dizer a lei*²⁰ (lei, aqui, em sentido amplo). Oportunas as palavras de Sérgio Fernando Moro nesse sentido: “há relevante dúvida quanto à capacidade do juiz de oferecer respostas consistentes a todos os desafios interpretativos da Constituição.”²¹

¹⁹ A possibilidade de utilização do costume internacional como razões de decidir da Corte Internacional de Justiça está prevista no art. 38, II do respectivo Estatuto, que é o órgão judicial das Nações Unidas. Essa figura encontra seu fundamento de validade na concordância dos Estados-nação acerca da aceitabilidade ou não de determinadas condutas, desde que presentes certos requisitos (de forma e de conteúdo): “a) da concordância de um número significativo de Estados com relação a determinada prática e do exercício uniforme relativo a ela; b) da continuidade de tal prática por considerável período de tempo – já que o elemento temporal é indicativo da generalidade e consistência de determinada prática; c) da concepção de que tal prática é requerida pela ordem internacional e aceita como lei, haja o senso de obrigação legal, a *opinio juris*.” *Ibidem*, p. 146-147.

²⁰ A expressão encontra respaldo em Ronald Dworkin, cuja construção teórica – precisamente, a idéia de integridade do direito – buscou justificar a legitimidade da Suprema Corte norte-americana para interpretar a Constituição, através de uma atividade construtiva do juiz, porém, “integrada” ao teor dos precedentes, ao princípio democrático e à realidade social. *In: O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²¹ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

3. Segundo momento: proteção desconfiada, fundamentação questionada.

3.1. Considerações preliminares

No momento anterior procuramos mostrar como o período pós-guerra influenciou na preocupação dos Estados soberanos e da comunidade internacional em criar mecanismos de proteção aos direitos humanos. O princípio norteador de tais mecanismos é a *universalidade*²², ou seja, em termos gerais, parte-se do pressuposto de que todos os indivíduos são titulares de direitos humanos, e à sua proteção estão sujeitos. No entanto, a grande questão que se coloca é: que direitos humanos são esses? Direitos humanos *de quem e para quem*? Qual a validade desses direitos que se pretende proteger, se eles podem *não* configurar, efetivamente, direitos humanos para uma dada comunidade? Nesse momento, é importante alertar, então, para a necessidade de *relativização* daquele argumento de *proteção ilimitada* dos direitos humanos nos tribunais. Há dois motivos para tanto, e esses motivos *relacionam-se* entre si: 1) o órgão jurisdicional que pretende construir uma interpretação adequada àquele direito pode não ter legitimidade para tanto, e 2) o – aparente – titular do direito pode não se identificar enquanto tal, por não se enquadrar na moldura atribuída àquele direito, e por não ter participado de sua produção.

3.2. O papel da Jurisdição constitucional na proteção dos direitos humanos: colocação do problema

3.2.1 Considerações gerais

De antemão, vale destacar que, não obstante a preocupação do constituinte derivado em admitir o ingresso no ordenamento pátrio, com *status* de emenda constitucional, de tratado internacional *que verse sobre direitos humanos*²³, é difícil imaginar um direito que igualmente esteja ligado à dignidade da pessoa humana, e que não esteja já incluso no extenso rol de direitos fundamentais da Lei Fundamental. Ademais disso, a própria Constituição prevê a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CF), o repúdio ao racismo e ao terrorismo (art. 4º, VIII da CF), e a soberania da República Federativa do Brasil (art. 1º, I).

²² Importante destacar o posicionamento de Juha-Pekka Rentto, para quem o conceito de universalidade pode referir-se a três diversos aspectos do marco ideológico e conceitual dos direitos humanos: “em primeiro lugar, podemos nos referir à universalidade de sua distribuição e proclamar que pertencem a todos por igual. Em segundo lugar, podemos nos referir a como se relacionam com a razão prática e proclamar que têm uma função universal significativa como princípios morais e políticos. E em terceiro lugar, podemos nos referir a como nos relacionamos com eles enquanto sujeitos morais e proclamar que temos um direito universal ou uma obrigação universal de respeitá-los.” _____, *Crepúsculo em el horizonte de occidente*. In: **Persona y Derecho**. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998, p. 165-166.

²³ Desde que respeitados a) o procedimento de votação (em cada Casa do Congresso, em dois turnos) e b) o quorum qualificado (3/5 dos membros de cada Casa): art. 5, §3º da Constituição Federal de 1988. O destaque no texto deve-se ao fato de que não é concedido a todo tratado ou convenção internacional o *status* de emenda constitucional, mas tão-somente àqueles que cuidarem de direitos humanos.

Desse modo, é amplo o instrumental dogmático com que pode trabalhar o julgador, como razões de decidir. A extensa positivação de direitos e garantias fundamentais por que optou o constituinte originário, agregada à necessidade de proteção da supremacia da Constituição (bem como da efetividade de suas normas), intensificou a fiscalização de constitucionalidade dos atos e omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, bem assim dos particulares. Tal postura fomenta o debate acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário não só para imiscuir-se em questões afetas à esfera de discricionariedade do legislador e do administrador, mas, principalmente, para proceder a uma leitura valorativa da Constituição. ²⁴

É que, em superação ao constitucionalismo moderno, que se apresentava mais como uma ideologia de limitações ao Estado e de defesa das liberdades individuais ²⁵, e dentro do atual contexto neoconstitucionalista ²⁶ em que se insere a Constituição Federal de 1988, há uma maior preocupação com a efetividade das prescrições de direitos fundamentais, o que tem levado o julgador a efetuar uma leitura valorativa da Constituição. Essa nova postura significa uma aproximação voluntária do julgador à realidade que o circunda, o que o faz decidir pragmaticamente, atuando como “legislador negativo”, ou, ainda, conforme Pozzolo, “legislador concorrente”. ²⁷ É que, ao buscar a solução no caso concreto, a interpretação judicial pode acabar “criando norma”, criando direito que ainda não existe e que, para vir ao mundo, deveria sê-lo pelas mãos do legislador positivo, democraticamente eleito para tal tarefa.

Nessa seara, de criação da norma a partir do caso concreto, é importante

²⁴ Acerca do controle de constitucionalidade de leis, Paulo Bonavides destaca que, sem a existência de um efetivo dessa espécie, que assegure a supremacia da Constituição, as normas definidoras de direitos fundamentais quedariam desprotegidas. Não obstante, o autor não ignora o abalo que o controle de constitucionalidade de leis provoca no equilíbrio entre os poderes do Estado: “O ponto mais grave reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.” _____, **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 296-297.

²⁵ Cf. COMANDUCCI, P, ob. cit., p. 82.

²⁶ A expressão significa movimento da doutrina constitucional que não implica, necessariamente, em um corte paradigmático com o constitucionalismo moderno, e sim a superação deste apontando para uma verdadeira doutrina de interpretação constitucional. De acordo com a tese neoconstitucionalista, qualquer decisão jurídica, em especial a judicial, deriva, em última análise, de uma norma moral. Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo ainda não é um modelo pronto, consolidado, em sua formação teórica e aplicação prática. Para se ter uma visão acerca do movimento neoconstitucionalista, ver CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

²⁷ Cf. POZZOLO, ob. cit., p. 193.

destacar a concepção de *interpretação autêntica* desenvolvida por Hans Kelsen. Segundo o autor vienense, a interpretação autêntica tem as peculiaridades de: 1) ser exercida pelo órgão *aplicador* do direito, 2) *criar norma* para o caso concreto, e 3) criar norma não só para o caso concreto, mas para os demais que estejam por vir, tornando-se, por isso, *vinculante*. Por conta disso, a interpretação autêntica caracteriza um ato volitivo e cognoscitivo do aplicador do direito, pois, “Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.” E adiciona, o autor, que “Através desse ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito [interpretação autêntica] de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica [interpretação inautêntica].”²⁸

Essa “abertura” à criatividade do juiz fez com que fosse travado famoso debate entre Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Carl Schmitt demonstrou uma severa desconfiança sobre o Judiciário, e, principalmente, sobre o Parlamento para cumprir tal tarefa. Para Schmitt, o Judiciário não seria competente para proferir decisões de cunho político, mas tão-somente deveria proceder à subsunção dos fatos à letra da lei. E, quanto ao Legislativo, Schmitt registra que, à época da Constituição de Weimar, o Parlamento não se encontrava unificado o suficiente para poder garantir a representatividade do povo alemão. Caberia, portanto, ao Chefe de Estado (na ocasião, o Presidente do Reich alemão) interpretar a Constituição e promover sua – correta – aplicação. Para justificar o repouso de tanto poder nas mãos do Presidente do Reich, Schmitt lança mão da teoria do poder neutro, inicialmente desenvolvida por Benjamin Constant.²⁹

Acerca da teoria do poder neutro, Schmitt começa explicando que as constantes contendas entre os detentores de poder precisam de um outro poder, um terceiro “situado acima dos litigantes e de poder excepcional”, para que lhes resolva os litígios. Aqui, trata-se do soberano do Estado. Ou então, necessitam de um organismo que não é superior, mas coordenado a esses poderes, quer dizer, um poder neutro, *pouvoir neutre et intermédiaire*. Esse poder neutro não está situado no mesmo nível dos demais poderes constitucionais, embora seja dotado de atribuições

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 392-395.

²⁹ A teoria do *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur* é atribuída a Benjamin Constant, e foi desenvolvida para fazer frente ao bonapartismo e à Constituição monarquista. Schmitt explica que tal teoria pertence ao conjunto de teorias constitucionais do Estado cívico de Direito, e que a ela se refere “o catálogo típico de prerrogativas e atribuições do chefe de Estado (Monarca ou Presidente do Estado), imaginadas todas elas como elementos e possibilidades de intervenção de semelhante *pouvoir neutre*: inviolabilidade, ou, pelo menos, posição privilegiada do Chefe de Estado, referendo e promulgação de leis, prerrogativa de indulto, nomeação de Ministros e funcionários, dissolução da Câmara eleita pelo voto popular.” Schmitt reúne uma série de comentários elogiosos de balizada doutrina acerca da teoria benjaminiana, dentre os quais citamos a de Lorenz von Stein, para quem o poder neutro “representa em absoluto a forma clássica do verdadeiro constitucionalismo”. SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Tecnos: Madrid, 1998, 213-236.

especiais e possibilidades de intervenção, para dirimir divergências. É que quando da existência de divergências políticas, explica Schmitt, não se pode deixar a solução para um dos poderes já existentes, e sim atribuí-la a um terceiro neutro, equilibrado com os demais mediante atribuições especiais.

Em resposta à tese schmittiana, que concentra nas mãos do Presidente do Reich o poder de interpretar a Constituição e, bem assim, aplicá-la como achar pertinente (como, por exemplo, expedir decretos de urgência de caráter econômico e financeiro, dissolver o Parlamento e promover plebiscitos³⁰), Kelsen reafirmou “Quem deve ser o guardião da Constituição”: o Judiciário. Para o autor vienense, a guarda da Constituição remanesce no Judiciário, pois, nas palavras do autor, “Dado que precisamente nos casos mais relevantes de violação à Constituição Parlamento e Governo *são partes na causa*, se aconselha chamar a decidir a controvérsia uma terceira instância que esteja *fora de tal oposição* e que sob nenhum aspecto seja *partícipe do exercício do poder* que a Constituição distribui essencialmente entre Parlamento e Governo.”³¹

Também, acerca do argumento democrático, segundo o qual, de acordo com Schmitt, os juízes configuram uma elite apartada da realidade social, exercendo o que o autor chama de “aristocracia da toga”, Kelsen responde enfaticamente:

Por que razão um tribunal constitucional pode ser um defensor antidemocrático da Constituição, menos democrático que o Chefe de Estado? O caráter democrático de um Tribunal constitucional, tal qual ocorre com o Chefe de Estado, não pode depender apenas do modo de sua designação e de sua situação jurídica. Não há obstáculo algum, se se quer constituir esse Tribunal democraticamente, que faze-lo eleger-se pelo mesmo povo que elege o Chefe de Estado, e conferir o caráter de funcionários de profissão a seus membros não menos que ao Chefe de Estado; mesmo quando se possa duvidar que esse modo de criação do órgão e sua qualificação sejam oportunos para a função do organismo.³²

3.2.2. Considerações específicas

A problemática acerca da fundamentação dos direitos humanos está profundamente ligada à legitimidade da jurisdição constitucional em proceder à interpretação da Constituição e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ou seja, em *dizer o que tais documentos querem dizer*. É que, conforme vimos no primeiro momento, a preocupação com a positivação de direitos e garantias que pudessem obstar uma nova destruição em massa da raça humana³³

³⁰ SCHMITT, C. ob. cit., p. 249.

³¹ KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 54. Tradução livre.

³² *Ibidem*, p. 72-73. Tradução livre.

³³ Estima-se que o saldo de vítimas após a II Grande Guerra, em 1945, foi de cerca de 50 milhões de pessoas, sem contar, aqui, aquelas que morreram posteriormente em virtude de resquícios da

acabou levando à enunciação de normas vagas, elásticas e abstratas, de conteúdo impreciso o qual pode ser preenchido dependendo das circunstâncias da decisão a ser tomada no caso concreto. Na hipótese de uma decisão política, em que se pretenda justificar a intervenção de um Estado-nação em outro organismo internacional, termos abertos como “segurança social”, “cooperação internacional”, “dignidade humana”, podem ocultar intenções de ordem política, estratégica e econômica. Veja-se, a título de exemplo, as intervenções “humanitárias” dos países desenvolvidos sobre os países periféricos.³⁴ Estes últimos, muitas vezes porque frágeis em sua estrutura política, militar e econômica, não têm outra escolha que não sujeitar-se às imposições do país interventor, sempre sob o discurso de proteção dos direitos humanos.

Na seara de manejo dos direitos humanos em sede litigiosa, também se avista a possibilidade de subsunção dos mais diversos casos fáticos àqueles direitos. É o que ocorre, por exemplo, no tratamento dispensado aos casos de fetos anencéfalos ou de eutanásia. Aqui, argumenta-se, de início, a não legitimidade do Judiciário para decidir pela vida ou não-vida do feto ou do paciente terminal. Argumenta-se que essa é uma questão de política, e que não deveria ser deixada a encargo do juiz, e sim do representante eleito, pois é ele quem possui legitimidade democrática para decidir sobre políticas públicas. Além disso, há o problema de qual direito está sendo protegido no caso em exame. Direitos humanos do feto? Do enfermo? Da família?

É necessário encontrar um fundamento para esses direitos, sob pena de, mais tarde, a falta de fundamento (ou um fundamento não racional, razoável) acabar abrindo margem para que a possibilidade de tirar a vida de um ser humano seja estendida a outras hipóteses, vale dizer, a *minorias indefesas* diante do *poder legal de coerção estatal*. Nesse ponto, o risco apontado por Juha-Pekka Rentto é o da *coisificação do ser humano*, e um conseqüente *efeito dominó* dessa coisificação. Em outras palavras: ao se admitir tirar a vida de um feto ou de um paciente terminal, está-se a tratá-los como coisas. E, uma vez permitido tirar a vida alguém, reduzindo-o à condição de coisa, estaria sendo aberta a possibilidade de tirar a vida de outros sem a sua participação nessa decisão.³⁵ Sejamos fiéis às palavras do autor: “se estamos

Guerra, tais como doenças radioativas e contaminações diversas; além disso, 11,8 milhões de europeus (europeus, apenas) teriam terminado a Guerra como refugiados. Fonte: http://www.segundaguerramundial.com.br/show_destaque.php?idDestaque=109. Acesso em: 08/12/2007.

³⁴ Como o tão debatido caso de intervenção da OTAN em Kosovo. Tal intervenção militar configurou, para muitos, uma hipótese de “ingerência humanitária”, em que um organismo regional – no caso, a OTAN – interferiu militarmente na província sérvia de Kosovo sem a necessária autorização prévia do Conselho de Segurança da ONU (conforme estatui o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), a pretexto de “prevenir uma catástrofe humanitária” que lá pudesse ocorrer. Em 1999, durante a Guerra do Kosovo, a OTAN e os EUA bombardearam Belgrado, a 250 km da zona de conflito, por 78 dias sem parar. Centenas de civis foram mortos. Fonte: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDNWN> (Revista Internacional da Cruz Vermelha). Acesso em: 08.12.2007.

³⁵ “Somos sempre “nós” quem tomamos a decisão de que “eles” não pertencem a “nós”, porém qualquer de “nós” pode em qualquer momento converter-se em um “deles”: cada decisão que exclui alguém pode ser potencialmente excludente de si mesmo e por isso imprudente a longo prazo.” RENTTO, J., ob. cit., p. 170.

disposto a matar crianças não nascidas, estaremos prontos e dispostos a matar também idosos enfermos, ou doentes mentais, ou desempregados, ou homossexuais, ou qualquer um que seja considerado com propriedades indesejáveis, anormais ou inferiores.”³⁶

Por outro lado, é importante considerar que, se houver sido negado pedido de aborto ou de morte antecipada, no caso do gravemente enfermo (e aqui pensamos na hipótese de ambos não serem proibidos pela legislação interna) na jurisdição doméstica, a corte internacional há de ter cautela na hipótese de lhe ser apresentado pleito de revisão; pois os tribunais internacionais, muito mais do que os tribunais locais, na maioria das vezes encontram-se distantes da realidade cultural, social e política do demandante.

Diante de tudo isso, fato é que, para cada comunidade, os direitos do homem assumem uma fundamentação distinta. Ainda, parece relevante destacar, tal qual lembra Roberto Andorno, que muitas vezes há confusão entre *desejo* e *direito*, passando-se daquele a este sem uma verificação precisa acerca da existência de uma *bem devido juridicamente* à pessoa.³⁷ O autor dá o exemplo do *direito a ter filhos*, invocado para pleitear acesso ilimitado a técnicas de inseminação artificial, mesmo que tal implique na eliminação de vidas embrionárias; ainda, há o exemplo do *direito de morrer*, invocado em favor da eutanásia. Andorno coloca que o abuso da linguagem leva ao risco de *diluir o próprio conceito de direitos humanos*. “Com efeito, desde o momento em que toda pretensão, mesmo a mais caprichosa, possa ser representada como formando parte dos direitos humanos, estes deixam de ter uma significação objetiva e a noção vem a ser esvaziada de um conteúdo racional.”³⁸

Esse entendimento parece ser perfeitamente aplicável às intervenções políticas fundadas na proteção dos direitos humanos, bem como nas decisões judiciais cujo julgador prefere ver-se livre de uma dor na consciência por não ter atendido à tutela pleiteada (passagem de uma *vontade própria* ao *direito*).

3.3. O argumento democrático

Nada obstante seja depositada grande confiança no Judiciário para *dizer o que quer dizer a lei*, sabe-se que desde há muito os juízes não são mais os únicos intérpretes do direito, tendo esse papel sido estendido a agentes políticos e aos demais operadores jurídicos.³⁹ Portanto, é necessário que, a fim de legitimar a soberania de sua decisão sobre a decisão política, busque-se um método de interpretação e aplicação do direito capaz de identificar legitimidade na atividade jurisdicional.

Nessa esteira, o debate acerca da tensão entre Constituição e democracia

³⁶ *Ibidem, idem*.

³⁷ ANDORNO, Roberto. Universalidad de los derechos humanos y derecho natural. **Persona y Derecho**. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998, p. 45.

³⁸ *Ibidem*, p. 45-46.

³⁹ Cf. MORO, ob. cit., p. 170.

preocupa-se com o risco decorrente da subjetividade das decisões judiciais, ou seja, com a valoração das normas ao arbítrio do julgador. É que a abertura dos textos normativos abre portas ao magistrado para que interprete o enunciado da maneira que julgar mais adequada ao caso em exame, podendo, muitas vezes, a aparente legitimidade da decisão judicial encobrir um *decisionismo crônico* da jurisdição constitucional.

É imperioso destacar que referida liberdade/discricionariedade do julgador não deve transmutar-se em mera arbitrariedade, reflexo da vontade de um determinado poder, sob pena de se incorrer em uma “barbárie hermenêutica”⁴⁰. Por conta disso, a decisão judicial precisa ser racionalmente justificada, deve haver um controle racional das decisões. A grande dúvida é como controlar racionalmente decisões que possuem conteúdo moral, principalmente em se tratando de direitos humanos, os quais remetem a valores transcendentes característicos do direito natural. Como saber se a decisão é correta, justa? E, na esteira de Carlos Santiago Nino, não é possível solver as abstrações textuais da lei sem recorrer a juízos valorativos.⁴¹

Nesse sentido, a proposta de Ronald Dworkin como forma de legitimar uma *leitura moral da Constituição* mostra um interessante caminho. Na doutrina de Dworkin, é o modelo do *direito como integridade* que confere legitimidade à decisão judicial, consistindo em uma nova proposta de *construção* do saber jurídico.⁴² Valendo-se da figura do juiz Hércules, que dispõe de todo tempo e paciência do mundo para trabalhar, Dworkin defende que o direito não é meramente *descritivo*, mas *constutivo* sobre um sistema de princípios coerentes. O operador do direito não é um mero observador imparcial que descreve as leis, mas constrói a solução dos problemas a partir delas, pois “A letra da lei pode ser diferente da verdadeira lei.”⁴³ Ler o direito como integridade significa achar em algum lugar do direito a solução mais adequada para um determinado caso concreto, com fundamento na *igualdade*. Em casos difíceis, a decisão do juiz não aludirá a uma regra, mas a um princípio. Pois, para Dworkin, as regras são aplicadas na maneira do *tudo ou nada*.⁴⁴ Por isso, Dworkin opõe-se à idéia de um sistema autoregulado (tal qual propõe o positivismo jurídico), pois, para ele, o sistema jurídico é aberto e puro.⁴⁵

A integridade do direito é materializada através da atividade jurisdicional construtiva, que deverá preocupar-se com o que vem sendo decidido em casos

⁴⁰ Termo utilizado por Lenio Luiz Streck em palestra proferida no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 29/03/2007, para referir-se a um regresso do Direito aos “primórdios do modelo formal burguês, em que os discursos de argumentação já estão dados não pelo legislativo (democracia), mas pelo judiciário”.

⁴¹ Cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

⁴³ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade*. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. São Paulo: JM Editora, 1995.

⁴⁴ Cf. DWORKIN. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

⁴⁵ Cf. CHUEIRI, p. 92.

parecidos com o caso em exame, a fim de que se chegue a uma única resposta correta.⁴⁶ É a idéia de “cadeia do direito” (*chain of law*), que traça um paralelo entre a atividade jurisdicional e a feitura de um romance escrito a várias mãos. Desse modo, os juízes são, ao mesmo tempo, autores e críticos; introduzem acréscimos nas decisões que interpretam, e o fazem de uma maneira política em parte. É uma atividade de *construção*.⁴⁷ O julgador irá criar *enquanto* interpreta, através da leitura dos precedentes. O julgador não se limita à mera exegese da lei, devendo repelir a tese historicista preocupada com a intenção dos fundadores da Constituição.⁴⁸ A particularidade da interpretação da prática jurídica é sua atitude simultânea crítico-criativa.⁴⁹

Voltemos, pois, os olhos para a questão da fundamentação dos direitos humanos e a atividade criadora do julgador. Pensando na proposta dworkiniana, temos que a decisão jurisdicional *mais correta* será aquela cujo resultado atenda ao ideal de *igualdade* dos membros de uma comunidade. Acreditamos que esse ideal de igualdade (*perante a lei e por meio da lei*, conforme propõe Canotilho⁵⁰) poderá ser alcançado quando a decisão judicial permitir que um maior número de pessoas efetivamente participe da esfera de deliberação pública, trazendo, desse modo, maior legitimidade às decisões tomadas por seus representantes. E, se a decisão judicial não tiver efeitos mais abrangentes (como é o caso dos efeitos *erga omnes*), ela poderá, ainda, servir como precedente para outros casos semelhantes, atingindo, assim, seu escopo de formar uma comunidade íntegra, coerente. O caso *Brown vs. Board of Education* seria um exemplo disso: o fim da segregação permitindo que as pessoas participem da deliberação pública.⁵¹

Por isso, é fundamental que a jurisdição cumpra seu papel de contribuir para

⁴⁶ Para o positivismo jurídico, a segurança jurídica não se encontrava na existência de uma resposta certa, e sim na neutralidade do juiz, por isso a separação entre direito e moral, para aquela corrente doutrinária.

⁴⁷ “... o direito como integridade pede-lhes [aos juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como a origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” **O Império...**, p. 273.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 434.

⁴⁹ Cf. CHUEIRI, ob. cit., p. 97.

⁵⁰ “A igualdade perante a lei confundia-se, de certo modo, com o princípio objectivo da prevalência da lei (...). Igualdade na aplicação do direito é, porém, mais do que uma positivística igualdade de aplicação da lei: é *igualdade através da lei*. Igualdade nos encargos, (igualdade na tributação, igualdade nas medidas legais inerentes na liberdade e na propriedade), assinalou a doutrina liberal; igualdade nas vantagens (ex.: igualdade nas subvenções) assinala a doutrina do Estado Social. (...) Em termos clássicos: por igualdade entende-se *igualdade em sentido formal* e *igualdade em sentido material*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 381.

⁵¹ *Em maio de 1954 — em uma decisão histórica, no caso Brown Contra a Secretaria de Educação (Brown v. Board of Education) — a Suprema Corte norte-americana julgou a inconstitucionalidade das escolas públicas segregadas. O nome dado ao caso, Brown, vem de Oliver Brown, um homem negro, que iniciou um processo quando sua filha de sete anos, Linda, teve sua matrícula negada em uma escola primária só para brancos na cidade de Topeka, estado do Kansas, no meio-oeste dos Estados Unidos, onde eles viviam. Fonte: <http://brownvboard.org/index.htm>. Acesso em 10/05/2007.*

a emancipação dos jurisdicionados, seja direta ou indiretamente. Menelick de Carvalho afirmou que as conquistas que alcançaram o patamar de direitos fundamentais (logo, de direitos humanos) encontram-se em constante risco de serem manipuladas e abusadas.⁵² Por isso, a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, torna-se cada vez mais importante como garantia de proteção dos bens jurídicos fundamentais contra as arbitrariedades dos poderes públicos e dos particulares, notadamente em termos de Brasil, onde há grande *inércia* e *déficit* de integração social.⁵³ Ocorre, contudo, que é necessário atentar para que, em defesa dessa jurisdição constitucional, não se esteja a abrir a guarda a eventuais arbitrariedades oriundas do Poder Judiciário, igualmente.

Nessa toada, é importante discutir até que ponto pode atuar o julgador, em defesa dos direitos fundamentais e da Constituição como um todo. Até que ponto ele poderá interpretar criativamente a Constituição, sem ferir a harmonia entre os três poderes, e sem ignorar a legitimidade democrática de que se revestem leis e atos administrativos. E até que ponto ele poderá criar a norma a partir do enunciado normativo (direitos humanos positivados), respeitando a diversidade cultural e social de cada comunidade.

4. Terceiro momento: proteção a sério; fundamentação, idem.

4.1. A problemática acerca da fundamentação dos direitos humanos

É conhecido o pensamento de Norberto Bobbio, acerca da temática da fundamentação dos direitos humanos, quando diz que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”⁵⁴ Essa assertiva, à primeira vista, pode dar a entender que o autor não se preocupa com a necessidade de uma fundamentação razoável dos direitos humanos, ou, então, que ignora a plurissignificação que tal modalidade de direitos pode assumir.

Contudo, não parece ser esta a idéia que o jurista italiano pretende transmitir quando fala que a preocupação com a *fundamentação* dos direitos humanos acha-se superada. De fato, num primeiro momento, Bobbio aduz que a questão a respeito dos fundamentos dos direitos do homem é, necessariamente, uma questão de fundamentação do direito natural.⁵⁵ Na seqüência o autor explica que, dessa finalidade de se buscar um fundamento absoluto para os direitos humanos – logo, para o direito natural –, chegou-se à defesa de que se deve alcançar um fundamento único, incontestável, “irresistível” para que aqueles direitos possam ser universalmente válidos. A essa pretensão o autor atribui o caráter de “ilusão”, pois,

⁵² CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141.

⁵³ A expressão é emprestada de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, em seu *Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil*. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

⁵⁴ BOBBIO, N., ob. cit., p. 43.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 35.

tal qual propõe em seguida, o fundamento absoluto dos direitos humanos enfrenta quatro dificuldades.

A primeira delas deriva da por nós já mencionada abertura normativa da expressão “direitos humanos”. Não se sabe o que tais direitos querem proteger, exatamente. Pois, se o fundamento desses direitos for o apelo a valores últimos, referidos valores não possuem eles mesmos um fundamento (porque últimos). Assim, é impossível a eles dar contornos mais precisos.

A segunda dificuldade está ligada à variabilidade do rol de direitos fundamentais ao longo da história. É que, para o autor, os direitos do homem são altamente circunstanciais, e “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”⁵⁶

E os dois últimos obstáculos ligam-se a uma comparação *intra-geracional* e *inter-geracional*⁵⁷ dos direitos do homem, denunciando a sua heterogeneidade, e, desse modo, a dificuldade em se encontrar uma fundamentação comum, o que leva, também, segundo Bobbio, a dificuldades em torno de sua proteção, já que todos esses direitos são dotados da mesma fundamentalidade e demandam proteção. Falamos em comparação *intra-geracional* quando a heterogeneidade refere-se a direitos dentro de uma mesma geração. Por exemplo, a censura prévia a espetáculos cinematográficos.⁵⁸ Os direitos em conflito⁵⁹ aqui são o direito de expressão do produtor do filme e o direito do público de não ser escandalizado, chocado ou excitado. Nas palavras de Bobbio, “temos de concluir que direitos que têm eficácia tão diversa não podem ter o mesmo fundamento”.⁶⁰ Sobre a comparação *inter-geracional*, esta se dá entre direitos de gerações distintas, mas igualmente “do homem”. Há, aqui, direitos “antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros.”⁶¹ Nesse campo, o autor entende ser impossível a fundamentação absoluta para dois direitos antagônicos, como, por exemplo, direitos de liberdade – 1ª geração – e direitos sociais – 2ª geração. Bobbio acredita que os direitos de 2ª geração conferem *poderes* aos indivíduos, poderes de exigir do Estado o fornecimento da prestação a qual tutelam. E, quanto maiores forem tais poderes, tanto menor será a liberdade dos mesmos indivíduos que os detêm. Logo, direitos antinômicos não poderiam contar com a mesma fundamentação, pois sua proteção acarretaria conflito.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁷ Os termos são de nossa inteira responsabilidade.

⁵⁸ O exemplo é de Bobbio, *ob. cit.*, p. 40.

⁵⁹ Deixaremos, nesta oportunidade, de lado a discussão acerca da possibilidade de ponderação entre tais bens colidentes em conflito, por ir além da proposta trazida neste trabalho. Nada obstante, para que se tenha uma visão do “estado da arte” da teoria da ponderação de bens fundamentais, sugere-se a leitura de Robert Alexy, **Teoria de Los Derechos Fundamentales**.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁶¹ *Ibidem*, p. 41.

Desse modo, é visível que Bobbio não nega a existência de vários fundamentos possíveis para os direitos humanos. O que o autor defende é que o filósofo do direito não se deve ater tão-somente à constante superação dos fundamentos, ou seja, buscar sempre um fundamento único universal. Para Bobbio, é importante sim identificar os vários fundamentos possíveis, mas, *paralelamente*, não esquecer que de nada adianta oferecer esses fundamentos sem estudar as possibilidades fáticas para que tais fundamentos sejam aplicados em concreto. Daí falar que o problema fundamental dos direitos do homem é *protegê-los*.⁶²

No entanto, nada obstante a preocupação bobbianiana repouse visivelmente na urgente *implementação* dos direitos do homem, parece importante registrar que, muitas vezes, há uma proteção *ostensiva*, explicitamente anunciada, mas que, em última e atenta análise, não protege o que caracteriza direitos humanos para uma *determinada comunidade*, ou, o que é pior, *sequer tem como fim* a proteção de *direitos humanos*, e sim tem em vista a aquisição de poder, a expropriação de riquezas. Vale dizer, nesses casos, a *proteção dos direitos humanos* representa subterfúgio para a dominação de países desenvolvidos sobre países periféricos. Assim, parece-nos que a preocupação que se coloca é sim de protegê-los, mas *também* de fundamentá-los, na mesma medida.

Pois, para que a proteção seja legítima, seu objeto deve ser devidamente fundamentado, o que somente será possível quando respeitados determinados valores fundamentalmente relevantes para uma dada comunidade. E são justamente esses valores que o debate acerca da fundamentação dos direitos humanos pretender colocar em xeque.

Referido debate versa, basicamente, sobre a oposição relativista à concepção universalista dos direitos do homem. A corrente relativista preceitua que a pretensão de universalidade dos direitos humanos configura a imposição da cultura dos países desenvolvidos sobre os países periféricos, procurando universalizar as suas próprias crenças. Desse modo, o universalismo contribuiria para a destruição da diversidade cultural.⁶³ A corrente universalista responde a essas críticas afirmando que o relativismo cultural, muitas vezes, é uma justificativa para que graves violações aos direitos humanos fiquem imunes à intervenção da comunidade internacional.

⁶² Há uma passagem bastante elucidativa desse pensamento no livro *A Era dos Direitos*: “É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esse estudo é tarefa das ciências históricas e sociais (...). O problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. *Ibidem*, p. 43-44.

⁶³ PIOVESAN, ob. cit., p. 170.

Argumentam, ainda, que “a existência de valores universais pertinentes ao valor da dignidade humana é uma exigência do mundo contemporâneo”, e que, uma vez que os Estados-nação ratifiquem os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, às suas regras devem submeter-se, não podendo escapar do controle da comunidade internacional.⁶⁴

Nesse panorama, são muitos os estudos que buscam oferecer propostas razoáveis para que haja uma concepção válida de direitos humanos. A preocupação principal desses estudos reside no fato de que, partindo da premissa de que tais direitos têm um fundamento valorativo, ou seja, possuem um conteúdo ético ou moral, podem alcançar as mais distintas fundamentações, o que influenciará sobremaneira na forma por que se deverá dar a sua proteção. Em outras palavras, busca-se uma maneira de proteger valores cruciais, fundamentais do ser humano enquanto pessoa⁶⁵, mas que, ao mesmo tempo, não descaracterize valores sociais e culturais de uma dada comunidade, configurando a forçada *imposição* de uma cultura hegemônica (no caso, a Ocidental) sobre uma cultura não hegemônica (não ocidentais).⁶⁶

4.2. Algumas propostas.

Há algumas teorias que discutem a fundamentação dos direitos humanos, no sentido de conferir legitimidade à sua proteção. Arthur Kaufmann oferece uma proposta para essa questão. Num primeiro momento, o autor desenvolve a interessante idéia de que os direitos humanos deveriam deixar de assumir uma postura de oferecimento do bem e da felicidade a todos, ao que Kaufmann chamaria de *utilitarismo*⁶⁷ *positivo*. O ideal seria, pois, segundo o autor, que se pensasse em direitos humanos como a “justiça do bem” que proporciona ao ser humano *o menor sofrimento possível, e não a melhor felicidade possível*. Quer dizer, em não sendo possível dar felicidade a todos (mesmo porque, há de se pressupor que o que vem a ser felicidade é distinto para cada pessoa), haveria de se cumprir o seguinte *imperativo*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 171.

⁶⁵ Ou seja, não só do ser humano enquanto espécie animal de um dado gênero, mas enquanto indivíduo inserido num campo de relações sociais, que interage com os demais e que procura se desenvolver.

⁶⁶ E este é um forte argumento em favor da reconsideração do princípio universal dos direitos humanos. Conforme Juha-Pekka Rentto, “Desde a perspectiva Oriental, o modo Ocidental não só é imprudente ao fomentar um conflito desnecessário, como também é imoral por gerar egoísmo, sendo, ainda, ininteligível quando apresenta, a pretexto da liberdade, um modo de vida que do ponto de vista Oriental afigura-se como uma vida de escravidão sob a adesão de coisas desimportantes.” *Ob. cit.*, p. 180. Tradução livre.

⁶⁷ A doutrina do utilitarismo preceitua a ação (ou inação) do sujeito de forma a otimizar o bem-estar do conjunto dos indivíduos. A idéia central da doutrina utilitarista pode ser resumida da seguinte forma: “Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar”. Seus primeiros defensores foram Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), que estudaram o princípio da utilidade aplicando-os a situações concretas, dentro do sistema político, da legislação, da justiça, da política econômica, da liberdade sexual, etc.

*categorico*⁶⁸: “Atua de tal maneira que as conseqüências da tua atuação sejam compatíveis com a máxima eliminação ou diminuição da desgraça humana”⁶⁹

Nessa linha, Kaufmann propõe, ainda, que a concepção de direitos humanos, de fato, é diversa dentro das diferentes culturas, e essa diferença deve ser respeitada. No entanto, o autor fala que haveria um *conteúdo essencial*⁷⁰ desses direitos humanos, que seria comum a todos os povos, e, portanto, *insuprimível e respeitável em toda e qualquer circunstância*, como a liberdade da pessoa, por exemplo. Esse núcleo essencial seria verificado em cada caso concreto, de maneira analógica, relacional, pois, para o autor, somente no caso concreto, ou seja, considerando o *direito em relação com outro direito*, é que seria possível falar em direito humano a ser protegido.⁷¹

Uma outra proposta para apresentar esse núcleo central é a de Roberto Andorno. Primeiramente, o autor começa mostrando que o debate acerca da fundamentação dos direitos humanos está ligado à proposta de que tais direitos seriam “direitos naturais com outro nome”. Andorno, tal qual Kaufmann, também desenvolve a idéia de que há um *núcleo essencial dos direitos humanos, comum a todos os povos e determinável em cada caso concreto*.⁷² Desse modo, para o autor, identificar esse núcleo seria identificar, *em concreto* (e não abstratamente, tal qual a concepção clássica jusnaturalista), qual o bem jurídico tutelado por aquele direito natural. Para Andorno, o bem jurídico tutelado pelo direito humano (podendo, portanto, ser legitimamente desde logo protegido perante os tribunais) seria *aquele*

⁶⁸ De fato, no texto em estudo, Kaufmann faz uma digressão sobre o pensamento kantiano, propondo, ele mesmo, um “imperativo categorico” para os direitos humanos.

⁶⁹ KAUFMANN, ob. cit., p. 23. Tradução livre.

⁷⁰ Kaufmann parte da idéia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, presente na Constituição alemã: “A pergunta decisiva que se coloca é a seguinte: qual conteúdo, qual núcleo dos direitos humanos tem validade universal? É possível evocar aqui a antiga e muito problemática distinção ente direito natural e direito secundário. Mais sugestiva pode ser uma disposição da Constituição alemã (artigo 19, parágrafo 2 da Lei Fundamental), segundo a qual nenhum direito fundamental (e tanto mais nenhum direito humano) pode ser violado em seu ‘conteúdo essencial’”. *Ibidem*, p. 29-30. Tradução livre.

⁷¹ “O conteúdo essencial, o núcleo dos direitos humanos não é algo universal-abstrato nem relativo, e sim algo *relacional*. (...) A resposta a nossa pergunta acerca da universalidade dos direitos humanos não é, portanto, nenhum ‘amém’, nenhuma culminação de esforço, nenhuma conclusão, senão que implica uma *arefa* que está sempre se superando. Os direitos humanos não são válidos como um abstrato universal; somente são válidos ali onde *sejam outorgados no caso concreto*.” *Ibidem*, p. 32. Tradução livre.

⁷² No ponto, o autor refere-se à tese de Aristóteles segundo a qual as normas jurídicas possuem uma parte de direito natural e outra decorrente dos costumes, das circunstâncias, das convenções humanas, sendo que ambas as partes juntas constituem o *direito positivo*. Desse modo, o direito natural, para além de configurar uma *parte* do direito positivo, é o seu próprio *núcleo*: “Essa natureza híbrida do direito positivo em certas ocasiões tem sido representada graficamente através de uma esfera cujo núcleo está constituído pelo justo em seu ‘estado puro’ e, à medida em que nos distanciamos desse centro, o direito torna-se cada vez menos justo ‘por natureza’ e mais justo ‘porque o legislador assim o quis’”. Ob. cit., p. 37-38.

devido a todo homem em razão de sua dignidade: a vida, a liberdade física e a não submissão à tortura. Essa tese estaria de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos quando esta diz, em seu art. 6º, que “todo ser humano tem direito, em todas as partes, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.”⁷³ E, para Andorno, aqueles três bens jurídicos caracterizam o cerne fundamental do reconhecimento daquela personalidade. Logo, para que seja identificado o justo, impõe-se perguntar se estão sendo realizados, no caso concreto, um aqueles bens essenciais à pessoa.⁷⁴

Além dessa tese dos bens jurídicos fundamentais dos direitos humanos, Andorno defende que, para que os direitos humanos tenham uma validade universalmente aceita, é necessário que se parta de uma concepção de direito humanos ligada à *alteridade*. Em outras palavras, o dever de reconhecimento do outro enquanto titular de daqueles direitos, bem como o esforço recíproco por sua respeitabilidade e promoção, é o que lhes confere validade. Nas palavras do autor, “Se aceitamos que existem condutas universalmente devidas aos homens, enquanto possuidores de uma dignidade intrínseca, estamos forçados a aceitar a universalidade dos direitos humanos. Esta universalidade é compatível com o pluralismo cultural, na medida em que se sabe transcender a expressão conceptual desses direitos para alcançar o que eles querem representar: a dignidade humana.”⁷⁵

Essas idéias parecem convergir para uma preocupação em comum: a responsabilidade de cada indivíduo para com o seu próximo. No que toca à proteção dos direitos humanos, haveria a necessidade de se partir de uma compreensão de deveres com *relação* aos demais indivíduos, uma ética de responsabilidade, de alteridade. É o que propõe Juha-Pekka Rentto: “Por isso, se faz imperativo que para salvar os cidadãos da deterioração moral do sistema de direitos se promova um forte e consistente esforço educativo dirigido a criar uma ética comum de dever de respeitar em lugar de uma ética comum de direito a pedir respeito.” Trata-se de uma “força moral construtiva para o crescimento da humanidade responsável.”⁷⁶ A busca pelo *ideal da emancipação*.

⁷³ *Ibidem*, p. 38-39.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 48. Essa idéia de alteridade está profundamente ligada à proposta da *ética da libertação* de Enrique Dussel. Segundo o filósofo mexicano, as vítimas excluídas do sistema devem organizar-se conscientemente para que possam lutar pela sua libertação. Mas, para que possa ser alcançada essa consciência emancipatória das vítimas, com a utilização dos mecanismos disponíveis para a sua libertação, *todos* na sociedade tem um papel de responsabilidade para com o próximo, um *dever ético* em assumir essa responsabilidade enquanto participante da comunidade crítica discursiva. Ou seja, há uma *obrigação* de promoção e desenvolvimento da educação da vítima, a fim de que ela possa refletir criticamente sobre sua condição de exclusão. DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Pretópolis: Vozes, 2007. Aqui, é possível traçar um paralelo com o dever de *reforma moral e intelectual* a que se refere Gramsci, em relação ao papel do *intelectual orgânico* na sociedade civil.

⁷⁶ RENTTO, J., ob. cit., p. 186. Tradução livre.

No ponto, cabe destacar uma outra questão. O argumento da universalidade dos direitos humanos tem como um de seus fundamentos de validade o *consenso* acerca de um valor universal para todos os povos. Em outras palavras, o fundamento que se pretende propor para os direitos humanos é válido porque amplamente aceito pela comunidade internacional. No entanto, pergunta-se: qual é essa comunidade internacional que dá fundamento aos direitos humanos? O consenso que se impõe é o decorrente das culturas ocidentais acerca de direitos humanos, levando países com culturas minoritárias a aceitarem aquele “consenso” ou, caso não o aceitem, sujeitarem-se às conseqüências (em regra, embargos de ordem política e econômica). Desse modo, *como é possível ter uma pretensão de universalidade de direitos humanos, se uma parcela de seus “titulares” não participa de sua formação?*

Assim é que parece ser necessário garantir não apenas os *instrumentos* democráticos de participação no discurso (voto popular, sufrágio universal), mas, igualmente, que essa participação seja *substancial*, ou seja, que os sujeitos que dele participam sejam conscientes da sua condição de excluídos daquela comunidade, e possam, conscientemente, interagir *intersubjetiva* e *simetricamente* dentro do sistema. Para tanto, é importante que *todos* e *cada um* tenham uma parcela de responsabilidade nesse projeto emancipatório. Por isso, conforme propõe Franz Hinkelammert, “o ser humano como sujeito não é uma instância individual. A intersubjetividade é condição para que o ser humano chegue a ser sujeito. Se entende em uma rede, a qual inclui a mesma natureza externa ao ser humano: a vida do outro é condição para a própria vida.”⁷⁷

É possível, portanto, que se possa fundamentar validamente o discurso dos direitos humanos, quanto mais sujeitos puderem dele participar (elemento quantitativo e procedimental) de maneira consciente e crítica, e com vistas ao alcance da *igualdade* entre os povos (elemento qualitativo e substancial). Por isso, quanto maior se conceber a comunidade de intérpretes dos documentos legais de direitos humanos (da Constituição e dos instrumentos internacionais de proteção), ou seja, quanto mais pessoas possam fazer a *sua própria leitura* desses documentos (mesmo porque a eles estão sujeitas), tanto maior será a possibilidade de se *dissecar*, abertamente, as normas às quais uma comunidade encontra-se sujeita. Daí a relevância de mecanismos como o *amicus curiae* e as audiências públicas como instrumentos de participação popular nas questões de interesse público, para ficarmos no caso brasileiro.

⁷⁷ HINKELAMMERT, Franz J. La vuelta al sujeto humano reprimido. In: FLORES, Joaquín Herrera (org.). **El Vuelo de Anteo**. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000, p. 211. Esse sentimento de alteridade é belamente extraído das seguintes palavras de Emmanuel Lévinas: “O que significa ‘como a ti mesmo’? Buber e Rosenzweig tiveram aqui os maiores problemas com a tradução. Disseram ‘como a ti mesmo’ não significaria que alguém ama mais a si mesmo? Em lugar da tradução por vocês mencionada, eles traduziram: ‘ama ao teu próximo, ele é como tu’. Mas se alguém já estiver de acordo em separar a última palavra do verso hebraico ‘kamokha’ do princípio do verso, pode-se ler tudo de outra maneira: ‘ama ao teu próximo, tu mesmo és ele’; ‘este amor ao próximo é o que tu mesmo és’”. _____ . **De Dieu qui vient a l'idée**, apud, *Ibidem*, p. 212.

Peter Häberle fala da *sociedade aberta de intérpretes*, na qual a interpretação dos juizes é importante, mas não a única. Häberle defende que cidadãos, grupos de interesses, órgãos públicos, opinião pública, doutrina, todos têm um papel fundamental na interpretação da Constituição, pois seria “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas”.⁷⁸ Explica o autor que

A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. *Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional!) [sem grifo no original]*⁷⁹

Isto posto, pode-se pensar que, se a Constituição é um instrumento político da comunidade, a cédula de identidade da comunidade política, qual a melhor forma de interpretá-la? Que critérios pode ser utilizados para estabelecer o conteúdo desta Constituição? Seria o Judiciário – e tão somente ele – competente para isso, diante da já apontada plurissignificação das normas jurídicas e da sua falta de legitimidade democrática? Onde estaria, ainda, o caráter universal dos direitos humanos, quando eles forem resultado de uma “interpretação autêntica” ?

Voltamos, pois, aos questionamentos introdutoriamente trazidos no presente trabalho.

5. Breves conclusões.

Tais questões não têm resposta definitiva, mas podemos nos permitir buscar alguns caminhos que levem à melhor solução possível.

Nesse sentido, parece bastante oportuna a tese de que os direitos humanos possuem um núcleo central, irredutível. De fato, não parece ser impossível pensar em valores universais que configurem um denominador comum às mais diversas culturas. Tais valores, conforme propõe Andorno, poderiam ser a *vida*, a *liberdade física* e a *não submissão à tortura*. Pois, se não se proteger a *vida*, sopro fundamental do *ser* (do *ser* digno, logo, não apenas do *estar*) humano, parece que não há de se falar em proteger qualquer outro bem do sujeito. Para a *liberdade física* o argumento pode seguir no mesmo sentido, pois a história mostrou – e, infelizmente, ainda mostra⁸⁰ –

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 14.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 30-31.

⁸⁰ Ainda é grande o número de pessoas que exercem trabalho análogo à condição de escravos no Brasil. Exemplo disso são as lavouras de corte de cana no nordeste do país, e que, paradoxalmente, fornecem a matéria prima para o produto cuja exportação é o orgulho nacional: o álcool da cana-de-açúcar. Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0307200727.htm>

que não poder dispor da liberdade física apenas incrementou a miséria de milhões de pessoas, bem assim a exclusão dessas e de tantas outras, levando-as a condições sub-humanas de existência. Por fim, tocante à *vedação da tortura*, esta parece ser uma das muitas facetas do direito à vida, sendo que, uma vez violado, viola, também, o bem jurídico fundamental à existência do ser humano: a vida.

Nada obstante, esses três bens são deveras abrangentes, e muitas situações fáticas a eles podem subsumir-se, variando de cultura para cultura. Aqui, em nosso entender, também se mostra bastante acertada a idéia de que aqueles bens configuram um núcleo essencial, ao passo que a distinta *configuração* ou *aperfeiçoamento* que cada comunidade dá àqueles bens caracterizariam, aí sim, o que cada comunidade entende por *direito do homem*. Nessa perspectiva, quanto mais afastada a conduta em face do direito humano pudesse estar daquele núcleo, mais ela estaria sujeita a sanção.

Seria importante, nesse ponto, procurar identificar o que as outras culturas (não ocidentais) têm a nos sugerir acerca das mais possíveis concepções de direitos humanos. Seria um trabalho árduo, porém de resultados bastante proveitosos, estudar, nas mais distintas culturas, o que determinados valores – como a *dignidade humana*, por exemplo⁸¹ representa para cada uma delas. Essa seria uma tarefa hercúlea, mas não impossível, e altamente útil. A partir do momento em que voltássemos os olhos para as culturas não-ocidentais, certamente teríamos muito que aprender com elas.

Por fim, o que se está a defender não é a supressão das já consagradas cartas de direitos humanos, pois elas configuram uma notável conquista das civilizações e têm trazido muitos resultados positivos. O que parece ser importante é proceder à sua *releitura*, com olhos voltados para a legitimidade democrática da *constituição* e da *interpretação* daqueles documentos. É importante procurar uma melhor definição de seu conteúdo, a fim de evitar, paradoxalmente, que seus dispositivos alberguem intervenções políticas de cunho veladamente dominador. É preciso, em última análise, respeitar a Declaração dos Direitos Humanos, quando dispõe, em seu art. XXX, que “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.”

Eis, portanto, o paradoxo dos direitos humanos, que complica a nossa tarefa, dentro da idéia de uma *comunidade aberta de intérpretes*, de perseguir sua adequada fundamentação: “Sua força [dos direitos humanos] radica no fato de que refletem muito bem os desejos e sentimentos de todo homem moderno. Sua debilidade está em que os desejos e sentimentos do homem moderno podem não ser um fundamento adequado para a moralidade universalmente válida”⁸²

⁸¹ Nesse sentido, Roberto Andorno, na esteira de Raimundo Panikkar, assinala “que a noção de ‘dharma’, que ocupa um lugar central no pensamento hindu, pode ser comparada com a noção de dignidade da pessoa humana.” Ob. cit., p. 47.

⁸² RENTTO, Juha-Pekka. **Crepúsculo...**, p. 179.

6. Referências bibliográficas.

- ANDORNO, Roberto. Universalidad de los derechos humanos y derecho natural. **Persona y Derecho**. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 3. tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. São Paulo: JM Editora, 1995.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo. Un análisis metateórico. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. Carbonell, Miguel (org.) Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Pretópolis: Vozes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005.
- HINKELAMMERT, Franz J. La vuelta al sujeto humano reprimido. *In: FLORES, Joaquín Herrera (org.). El Vuelo de Anteo*. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- KAUFMANN, Arthur. La universalidad de los derechos humanos. Um ensayo de fundamentación. **Persona y Derecho**. n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Trad. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

_____. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa.** Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil. *In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambiguo. *In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RENTTO, Juha-Pekka. Crepúsculo em el horizonte de occidente. **Persona y Derecho.** n. 38. Pamplona: Universidad de Navarra, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitucion.** Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Tecnos: Madrid, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAYLOR, Charles. **A world consensus of human rights?** *Dissent*, 43 (Summer, 1996).

