

**Percurso – ANAIS DO V CONGRESSO
LUSO-BRASILEIRO DE
DIREITOS HUMANOS NA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

vol.03, n°.26, Curitiba, 2018. pp. 476-502

DOI: 10.6084 / m9.figshare.7430381

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DE DIREITO CONTEMPORÂNEA

HUMAN RIGHTS AND THE CONTEMPORARY THEORY OF LAW

KLEBER GIL ZECA

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

SIRLENE ELIAS RIBEIRO

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o debate jurídico contemporâneo tanto dos direitos humanos quanto da teoria do direito contemporânea, especialmente a decorrente do pensamento de Ronald Dworkin. Assim, demonstrando a evolução histórica dos direitos humanos, chegamos à conclusão de que a fundamentação para os direitos humanos está no princípio da dignidade da vida humana. Adotando a teoria universalista de confluência para os direitos humanos, tentamos definir o conceito de dignidade humana como um conceito interpretativo construtivo, a ser observado na forma de vida compartilhada, conforme orienta a teoria do direito de Dworkin e demonstrar os limites para a obtenção de tal conceito devido ao conceito de soberania.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Dignidade Humana; Soberania; Tratados Internacionais.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

ABSTRACT

The present article intends to analyze the contemporary legal debate about the human rights and the contemporary law theory, specifically from the thought of Ronald Dworkin. Thus, by the demonstration of the historical evolution of human rights, we came to the conclusion that the foundation for human rights is based in the principle of the dignity of human life. By the adoption of the universalist theory of confluence for human rights, we try to define the concept of human dignity as a constructive interpretive concept, to be observed in the shared life form, according to Dworkin's theory of law, and to demonstrate the limits for obtaining such concept due to the concept of sovereignty.

KEYWORDS: Human rights; Human dignity; Sovereignty; International Treaties.

INTRODUÇÃO

Autores como Kelsen e seus antecessores John Austin e Jeremy Bentham definiram o Direito como ciência cujo campo objeto é um conjunto de regras jurídicas, resultando na teoria conhecida como positivismo jurídico.

O movimento pós-positivismo vem num embate contra o dogma positivista da separabilidade entre o direito e a moral, trazendo ao debate jurídico, novos fundamentos da teoria do direito bem como novas visões epistemológicas e hermenêuticas, com a adoção de novos métodos de interpretação e aplicação do direito.

Em paralelo, a teoria do Estado também tem evoluído e cada vez mais a participação do Estado na vida do particular se faz presente.

Com a Revolução Francesa de 1789, marco do início da Idade Moderna, o Estado, então constituído sob os interesses burgueses, não deveria se intrometer nas relações privadas dos cidadãos salvo para assuntos de segurança pública e justiça,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

conhecido como Estado Liberal. De lá para cá passamos pelo chamado Estado Social, onde o Estado é chamado a prestar serviços públicos de interesse aos cidadãos, e chegamos ao Estado pós-moderno que, conforme o modelo econômico adotado, passa a ser também o Estado regulador da economia, ou Neo-liberal, e com a responsabilidade de manter o desenvolvimento nacional econômico, social e ambiental sustentáveis.

Os direitos inicialmente previstos nas primeiras constituições de estado logo após a ascensão burguesa ao poder estavam principalmente adstritos aos direitos civis e políticos dos cidadãos, até então considerados como súditos. Eram bem definidos e separados os ramos do direito civil, incluindo o penal e principalmente o comercial, com o ramo do direito público constitucional, este tido como regulador e limitador dos poderes do povo transferidos ao estado.

O conceito de igualdade desta época limitava-se aos direitos políticos e civis, principalmente em relação ao direito de poder votar em representantes políticos, haja vista que, num primeiro momento pelos interesses da revolução francesa, o que se desejava igualar eram os direitos políticos e civis da “gente comum”, chamada terceiro estado da sociedade francesa, aos das classes sociais da realeza, nobreza e do clero.

Os direitos sociais somente foram considerados em nível jurídico após a constatação de que o capitalismo liberal, também denominado como capitalismo “selvagem”, não trouxe benefícios para todas as classes sociais como aparentemente queriam as revoluções Francesa e Americana.

Ao par destes direitos sociais constitucionalizados, de eficácia ainda discutida em muitos países, tivemos a ascensão de outra categoria de direitos de não menos importância, a dos direitos humanos.

O discurso contemporâneo sobre direitos humanos é relativamente recente, pois emergiram após a Segunda Guerra Mundial e sua concepção de universalização, segundo a qual os direitos humanos constituem objeto do próprio direito internacional, emergiram após a constituição da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

O objetivo deste estudo é analisar como os direitos humanos podem e estão sendo interpretados pelas juristas em face do direito internacional e do direito constitucional brasileiro, da soberania do estado e, ainda, em face de sua efetividade.

Para tanto, buscaremos traçar um histórico do desenvolvimento dos direitos humanos, sua ascensão ao campo jurídico internacional, e um paralelo com a evolução do conceito de estado e de soberania a partir da Idade Moderna, concluindo com a aplicabilidade ou não de uma nova teoria do direito mais interpretativa do que descritiva do direito.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Tanto a Declaração Francesa de 1789 quanto a Declaração Americana de 1776 buscavam atingir o contratualismo liberal, visando garantir igualdade civil e política entre as classes sociais. Neste contexto, os direitos humanos se reduziam à liberdade, segurança e propriedade, conforme o discurso liberal da cidadania.

Logo após a Revolução Francesa foi publicada a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” (1789) que proclamou no seu 1º artigo que “*Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum*”.

A burguesia francesa da Idade Média, lastreada num comércio incipiente de produtos e bens, começava a acumular riqueza econômica, embora num clima de insegurança quanto à propriedade de bens, produtos e meios de produção, assim como à circulação destes entre os feudos e países.

A burguesia pertencia à classe social denominada Terceiro Estado, que também era composto por camponeses e artesãos. Esta classe representava 95% da população francesa da época, sendo que a burguesia representava 10% do Terceiro Estado. Todos fizeram parte da Revolução Francesa de 1789 fundados na tríade “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, mas somente a burguesia chegou ao poder

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

político na França e, embora os privilégios de nascimento (realeza e nobreza) e de posição (clero) tenham sido derrubados, o privilégio econômico tomou o seu lugar nas distinções sociais (HUBERMAN, 2017, p. 116-119).

A solução burguesa para os fins revolucionários, na época, foi limitar e controlar o poder do Estado, o qual deveria se pautar pela legalidade e respeitar os direitos fundamentais, numa relação entre Estado e cidadão. A não atuação estatal significava liberdade com a supremacia dos direitos civis e políticos, por outro lado, havia ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.

Criava-se o Estado Liberal, ou seja, um Estado o qual deveria ter um mínimo possível de intervenção na atividade privada– o Estado mínimo.

O liberalismo deu enorme impulso ao capitalismo e o acúmulo de riqueza decorrente da obtenção do lucro favorecia aqueles que já tinham condições econômicas mais vantajosas. Por isso, a falta de regulação da atividade econômica por parte do Estado contribuiu para o crescimento das desigualdades sociais já existentes durante o Estado Feudal, calcadas desta feita no poder econômico e, porque não dizer, também no poder político.

Este Estado liberal perdurou por mais de um século, mas foi somente após a Primeira Guerra Mundial que o discurso social da cidadania ganha força contra o discurso liberal com a edição da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918, sob a concepção marxista-leninista. Neste conceito, o primado da liberdade dá passagem para o primado do valor da igualdade, exigindo-se uma atuação estatal devido à emergência dos direitos à prestação social.

Neste contexto, os direitos sociais surgem como reação e resposta aos excessos do sistema capitalista e as primeiras percepções formais de que o Estado Liberal migrava para um Estado Social ocorreram com as edições das constituições mexicanas de 1917 e alemã de 1919, nas quais foram introduzidas normas de ordem pública de interferência na atividade privada para proteção dos hipossuficientes como

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

o trabalhador, consumidor, locatário, numa busca da igualdade material e não apenas formal como a que obtida por meio da revolução francesa.

Ainda que de forma incipiente, podemos dizer que o Direito Humanitário foi um dos precursores dos direitos humanos. Segundo Thomas Buergenthal, o Direito Humanitário é o Direito que se aplica na hipótese de guerra e foi a primeira expressão de que, no plano internacional, impôs limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado (PIOVESAN, 2013, p. 188).

Outros precedentes históricos de proteção internacional desses direitos foram a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

A Liga das Nações acabou por demonstrar a necessidade de relativizar a soberania dos Estados e sua finalidade era promover a cooperação, paz e segurança internacional. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, mas impunha limite à concepção de soberania estatal absoluta, já que estabelecia sanções econômicas e militares aos Estados-partes violadores de suas obrigações.

Por seu turno, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, fundada em 1919 logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, visou promover a justiça social e padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar aos trabalhadores de diversas nações dos estados-membros e inspirou a celebração de convenções internacionais destinadas à proteção do trabalhador assalariado.

Sem dúvida, tais institutos foram importantes e contribuíram para a evolução dos direitos humanos na medida em que projetaram o tema dos direitos humanos na ordem internacional assim como romperam com o conceito tradicional de ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional e com a noção de soberania nacional absoluta em prol dos direitos humanos.

Desta forma, aos poucos surge a ideia de que o indivíduo é sujeito de Direito Internacional e este não é mais limitado à exclusiva jurisdição doméstica.

Todavia, somente em 1948, após a Segunda Guerra Mundial e o conhecimento público internacional da atrocidade nazista contra seres humanos de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

outra raça, é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi publicada pela então criada Organização das Nações Unidas – ONU.

Como marco principal dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos transforma o indivíduo em um ser sujeito de direito, independentemente de sua nação, raça, credo ou sexo e, com isto, estabelece uma ética universal a ser seguida pelos Estados, ampliando o espectro dos direitos humanos e determinando a universalidade dos sujeitos. Pela primeira vez o valor da fraternidade é posto em prol dos hipossuficientes.

O que esta Declaração concebe é uma combinação entre discurso liberal e o discurso social, a qual dispõe tanto sobre direitos civis e políticos quanto sobre direitos sociais, econômicos e culturais em igualdade de importância, definindo a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos, introduzindo a concepção contemporânea de direitos humanos como uma unidade interdependente e indivisível.

A Declaração afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e podem invocar os direitos e as liberdades nela proclamados sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

A Declaração de Viena, adotada em 25 de junho de 1993 estabeleceu, em seu § 5º que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, sendo que os valores da igualdade e de liberdade se conjugam e se completam.

A concepção adotada pela Declaração de Viena é a concepção universal dos direitos humanos. No entanto, esta concepção sofre críticas dos adeptos do relativismo cultural. O debate entre as duas vertentes é relacionado se os direitos humanos possuem um sentido universal ou se eles são culturalmente relativos.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Para os relativistas, cada cultura possui seus próprios direitos fundamentais relacionados a cada sociedade. Considerando que existe um pluralismo cultural, este impediria a adoção de uma moral universal para embasar os direitos humanos. Como exemplo, apontam para as diferenças culturais, morais e éticas entre o islamismo e o hinduísmo e os padrões morais e culturais do ocidente.

Por outro lado, para os universalistas os direitos humanos se fundam na dignidade humana, assim, qualquer afronta ao denominado “mínimo ético irreduzível”, mesmo que em nome da cultura, acarretará em violação aos direitos humanos. Desta maneira, em que pese ser um direito fundamental previsto na própria Declaração Universal o exercício da própria cultura, com suas particularidades religiosas, morais e éticas, é obrigação do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e fundamentais, impondo limites a este exercício.

Outra corrente denominada *universalismo de confluência* admite que as diferentes culturas com suas diversidades não seriam empecilho para a definição dos direitos humanos, desde que tais culturas distintas estejam abertas para um diálogo respeitoso e com base no reconhecimento de cada uma delas no que seja particular, a ponto de estabelecerem parâmetros internacionais mínimos de dignidade humana que assegurem a legitimidade para a proteção dos direitos humanos em qualquer lugar do planeta.

Portanto, é fato que existe controvérsia sobre se o fundamento e a natureza dos direitos humanos são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. Não obstante, pondera Norberto Bobbio que o maior problema dos direitos humanos hoje “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (PIOVESAN, 2013, p. 188).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

3 A TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA SEGUNDO DWORKIN

Conforme Piovesan (2013, p. 87), nossa Carta Política de 1988 elegeu o valor da dignidade humana como valor essencial e esta primazia do valor da dignidade humana é uma resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.

Não é sem razão que as críticas ao positivismo jurídico, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, decorrem do repúdio ao dogma positivista da separabilidade entre o direito e a moral, que tornou o ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos, morais e sociais, por meramente ligado a uma questão formal.

Autores como Alf Ross (realismo jurídico), Herbert L. A. Hart (virada hermenêutica) e Ronald Dworkin (interpretativismo), entre outros, iniciam uma batalha na forma de críticas e debates contra este afastamento da teoria do direito da realidade do mundo, cada um ao seu estilo, diga-se de passagem. Na prática, o que buscam estes autores e outros autores pós-positivistas é a aproximação da moral ao direito, sendo que os princípios seriam o meio mais eficaz de elo entre a moral e o direito, entre eles, e talvez o fundamental, o princípio da dignidade humana.

Para Dworkin, o direito é uma prática social de intencionalidade avaliativa moral e argumentativa e não meramente autoritativa, como designam os positivistas. Como a argumentação jurídica não é diferente da argumentação moral, Dworkin não aceita a separabilidade entre direito e moral (MACHADO JUNIOR, 2013, p. 158).

Dworkin critica o positivismo jurídico em pelo menos três pontos.

Com relação à fonte do direito, Dworkin critica a *tese das fontes sociais* de Hart, segundo a qual a *regra de reconhecimento* tida por Hart como um fato social é a fonte suprema de validade das normas jurídicas, independentemente dos méritos morais e avaliativos da regra de reconhecimento. Para Dworkin esta regra de reconhecimento não é ela mesma validada e, portanto, as normas jurídicas teriam sua validade em função do seu *pedigree*.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Outra crítica é contra a *tese da convencionalidade*, pela qual a regra de reconhecimento é aceita convencionalmente pelos tribunais.

A terceira crítica se refere ao que podemos denominar de *tese do caráter descritivo da teoria do direito*, pela qual o positivismo jurídico defende que a teoria do direito deve descrever o direito independentemente de valores morais (MACHADO JUNIOR, 2013, p. 160-162).

Dworkin questiona o positivismo pela não inclusão dos princípios neste sistema de regras, haja vista que se tornam incompatíveis com os discursos argumentativos que são praticados nos tribunais e pelos operadores do direito. Os princípios seriam, para Dworkin, de natureza argumentativa e interpretativa para o direito, revelando a parte moral da argumentação jurídica, haja vista que é necessário um balanceamento dos princípios por meio da justificação argumentativa.

Em relação ao modelo de regras do positivismo, Dworkin afirma que este pode incluir outros padrões jurídicos de regra que não o de sentido estrito e que podem ser chamados de princípios. O que importa é que tais princípios exigem uma ponderação distinta da lógica gramatical do “tudo ou nada” adotada pelo positivismo jurídico. Por isso, o princípio exige do analista do direito uma prática argumentativa e de justificação para demonstrar o seu *point* (a sua intencionalidade) e a carga de seu valor, o que exige uma análise interpretativa, ou no dizer de Dworkin, “*interpretista*” ou “*interpretativa interpretativista*”. Dworkin acrescenta que os princípios não são vinculantes em razão do seu *pedigree* autoritativo, mas constituem a prática argumentativa que é uma importante dimensão do direito. (MACHADO JUNIOR, 2013, p. 164-165)

Para Dworkin, a aceitação da regra de conhecimento hartiana depende de uma convenção, ou que existam regularidades de comportamentos que a constituem como regra social. Para contrapor a isso, Dworkin estabelece a sua *tese da controvérsia* que diz que uma regra pode existir mesmo onde inexistente uma convenção explícita regulando uma situação, porque a intencionalidade (*point*) das práticas sociais que constituem uma regra não é pura convenção.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Dworkin dá o seguinte exemplo do livro. Duas pessoas podem discutir sensatamente sobre quantos livros existem numa sala apenas se ambos concordarem, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Poderá haver discordância sobre os casos limítrofes, como se livros em quadrinhos de poucas páginas (gibis) seriam livros ou, neste caso, apenas panfletos. Mas não pode haver discordância em casos centrais. Por exemplo. Se para uma das pessoas um exemplar de “Moby Dick” não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros e para o outro é, esta discordância não faz sentido, e não há o consenso.

De acordo com Dworkin, a regra social é constituída por fatos baseados em comportamentos convergentes. Os interlocutores precisam concordar que não existe desacordo entre eles, pois, caso contrário, ou um deles está absolutamente equivocado, ou ambos adotam regras normativas distintas daquelas que constituem os fatos em discussão.

É possível uma convenção para o estabelecimento de regras, contudo, na linguagem do direito o desacordo é muito comum porque existem desacordos interpretativos, por isso mesmo requerem justificação por meio da argumentação.

Dworkin insiste em dizer que o direito são práticas sociais argumentativas e que se referem à dupla dimensão, interna e externa, pela qual ele pode ser observado.

O exemplo metafórico do jogo de xadrez para Ross, Kelsen, Weber e Hart, envolve uma dimensão normativa. Ao contrário deles, para Dworkin o jogo de xadrez, apesar de ser uma prática social, não envolve controvérsias sobre conceitos interpretativos, pois é natural praticarmos este jogo com base exclusivamente nas regras convencionalmente aceitas ou fixadas pelos jogadores. As controvérsias sobre o sentido de direito são significativas porque seus elementos constitutivos são difíceis de isolar e requerem julgamentos para sua aplicação. Já o xadrez não envolve uma questão interpretativa associada a avaliações valorativas, por isso Dworkin abandona o jogo de xadrez como exemplo para explicar o direito. (MACHADO JUNIOR, 2013, p. 199-201)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Dworkin prefere utilizar o seguinte exemplo da prática da cortesia: Francisco relata a seu amigo Roberto que na noite anterior convidou uma garota para jantar e ao final, dividiram a conta do restaurante. Roberto então criticou Francisco, dizendo que ele tinha sido descortês. Francisco discordou. Roberto afirma que Francisco violou uma regra de cortesia. Francisco compreende o significado da afirmação e da censura do amigo, mas não concorda com ele. Neste caso não é uma controvérsia inautêntica, na qual duas pessoas discordam porque falam de coisas distintas. A controvérsia é genuína porque ambos compreendem o que cada um quer dizer, mas discordam quanto a compreensão do conceito de *cortesia*. Se existisse uma estipulação expressa de que para ser cortês com as mulheres é necessário o homem pagar a conta, então não deveria haver disputa, pois Roberto estaria correto.

Como o conceito de *cortesia* não é criterial, mas interpretativo, e a regra social que descreve a *cortesia* é constituída intersubjetivamente, assim, o conceito de *cortesia* será aquele que melhor interpreta uma prática social normativa real e compartilhada e que serve de medida ou paradigma para tal prática social. Portanto, não pode decorrer de um acordo convencional, pois o critério é construído argumentativamente, pressupondo coerência e ausência de contradição entre os argumentos.

O que distingue a *cortesia* do *xadrez* é que na primeira há uma prática reflexiva avaliativa sobre um valor da parte dos agentes o que não existe no caso do xadrez.

Dito isto sobre a teoria do direito de Dworkin, voltemos aos direitos humanos.

Vimos acima que existe controvérsia acerca dos fundamentos dos direitos humanos. Existem as teorias universalistas e relativistas dos direitos humanos.

Para os relativistas, os direitos humanos dependem de convenção feita por cada sociedade, pois cada uma delas possui seus próprios direitos fundamentais. Tal convenção pode ser tácita (costume) ou expressa (norma jurídica). Se houver tal “convenção”, seja tácita, seja expressa, não haverá controvérsia na interpretação do direito, haja vista que o conceito de direitos humanos estará positivado e validado por

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

meio de uma regra de reconhecimento. Isto se amolda perfeitamente ao positivismo jurídico no pensamento de Hart.

Para os universalistas os direitos humanos se fundam na dignidade humana. Assim como cortesia, “dignidade humana” é um conceito interpretativo e não criterial, o que exige uma prática reflexiva avaliativa sobre um valor da parte dos agentes.

Para Dworkin, o conceito interpretativo deve ser buscado no contexto social compartilhado no qual se realizam a discussão do conceito, pois o conceito interpretativo está inserido numa determinada “forma de vida compartilhada” (MACHADO JUNIOR, 2013, p. 208-209).

Desta maneira, a teoria dos direitos humanos baseada no *universalismo de confluência* pode ser a melhor alternativa de interpretação do direito se buscar o conceito de “dignidade humana” em diferentes culturas, em suas diversidades, dentro de um contexto social compartilhado estabelecido na “forma de vida compartilhada” pelas diferentes culturas que constitua um “mínimo ético irreduzível” para concepção de “dignidade humana”.

Vale constar que para Kant a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional e que a liberdade tem que estar correlacionada com a autonomia pessoal por questão de moralidade, pois isto é o fundamento de todas as ações de seres racionais. No plano internacional, a vertente “kantiana” se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (fundamentado no valor da dignidade humana), e no plano dos constitucionalismos locais, a vertente “kantiana” se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana (PIOVESAN, 2013, p. 88).

Como podemos perceber, o princípio da dignidade humana é fundamento essencial para os direitos humanos. O importante na interpretação do princípio da dignidade humana é buscar a sua intencionalidade (*point*).

Ronald Dworkin afirma que a interpretação jurídica se assemelha à interpretação literária, pois em ambas o intérprete orienta a sua ação na busca de uma intencionalidade contida no objeto a ser interpretado. A interpretação construtiva deve

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

buscar um propósito num objeto ou prática com o fim de torná-lo padrão ou paradigma aos seus pares. Esta é a exigência de Dworkin ao intérprete na tarefa interpretativa construtiva: descobrir, encontrar, descrever e atribuir uma intencionalidade à prática cujo valor seja constitutivo da prática (MACHADO JUNIOR, 2013, p. 215-216)

Desta maneira, segundo Dworkin, devemos buscar uma intencionalidade (*point*) para o princípio da dignidade humana de maneira construtiva, buscando os valores compartilhados pela prática social, sendo que referidos valores podem não ser os mesmos que já foram no passado, mas sim os valores atuais aplicáveis à situação contemporânea.

Neste sentido, Ronaldo P. Machado Junior (2013, p. 219) afirma que “[a]s regras passam a ser condicionadas e sensíveis aos próprios valores e a sua interpretação valorativa. Desse modo, os intérpretes podem reconhecer que determinadas práticas convencionais e muito aceitas podem estar erradas da perspectiva dos valores que lhes servem de intencionalidade básica (*point*)”.

Traçadas as linhas gerais da teoria do direito contemporânea de Dworkin, passaremos agora a analisar os direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

4 DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Como já dissemos, logo após a Segunda Guerra Mundial, o mundo ficou estarecido com as atrocidades e violações dos direitos humanos praticados pelo nazismo da era Hitler. Como consequência e em resposta, iniciou-se o processo da internacionalização dos direitos humanos com base no direito do ser humano ser sujeito de direitos independentemente de sua nacionalidade ou raça.

A necessidade de uma ação internacional de proteção e mesmo garantia aos direitos humanos pressupõe a delimitação da soberania estatal em prol dos direitos humanos. A Organização das Nações Unidas foi criada inicialmente para buscar a paz

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

e a segurança mundial, mas logo evoluiu também para a proteção dos direitos humanos, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Um dos propósitos das Nações Unidas é alcançar a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (PIOVESAN, 2013, p. 200).

Esta cooperação internacional normalmente se efetiva por meio de tratados internacionais, também chamados Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio ou até Acordo Internacional. Na definição de Louis Henkin: “O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional” (PIOVESAN, 2013, p. 107)

A partir da criação da ONU houve uma crescente onda de celebração de tratados que passaram a definir o direito internacional, papel até então reservado ao costume internacional. Com isto, os princípios gerais de direito ganham espaço como fonte do Direito Internacional.

É fato que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes que expressamente consentem em sua adoção, mas o art. 27 da Convenção de Viena, de 1969, diz que “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”. Para Piovesan (2013) consagra-se, assim, o princípio da boa-fé.

Em 1949 foi criada uma sistemática internacional de monitoramento e controle chamada de *international accountability*, mas somente em 1966, com a celebração dos tratados internacionais denominados “Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos” e o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, estes se tornaram vinculantes e obrigatórios para os estados-partes.

O Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Como observa

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Thomas Buergenthal, “os Estados se obrigam a adotar medidas, até o máximo dos recursos disponíveis, a fim de alcançarem progressivamente a plena realização desses direitos” (PIOVESAN, 2013, p. 252).

Além disto, pelo princípio da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais (PIOVESAN, 2013, p. 253). No entanto, vale ressaltar que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta sistemática de monitoramento dos direitos enunciados (*international accountability*) restrita à sistemática dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes ao Secretário-Geral das Nações Unidas, com cópia ao Conselho Econômico e Social, para apreciação e acompanhamento.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo Piovezan (2013, p. 208-210), não apresenta força de lei, mas tem sido utilizada como interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” da Carta das Nações Unidas e, por esse motivo, tem força jurídica vinculante. Existem aqueles que defendem a sua força jurídica vinculante por integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito. Nessa ótica, dispositivos da Declaração consensualmente aceitos assumem o valor de direito costumeiro internacional ou princípio geral do Direito Internacional e, portanto, vinculante a todos os Estados.

O Direito Internacional público em geral visa disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, já o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. Deste modo, é obrigação dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e, no caso do Brasil, além dos direitos e garantias expressos na Carta Magna, também os previstos em tratados internacionais de que faça parte.

Como visto, os tratados influenciam nos comportamentos dos Estados contratantes, impondo limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Desta

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

maneira, precisamos interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional.

4.1 SOBERANIA NACIONAL CONTEMPORÂNEA

Segundo Marcelo Neves (2008, p. 156-157), a soberania inicialmente foi concebida como poder pessoal e supremo de um monarca, sendo que este não estaria subordinado à lei, como estariam seus súditos, e tampouco vinculado a uma ordem jurídica interestatal. Também não seria imposto ao monarca deveres e responsabilidade perante os súditos, que teriam apenas deveres, ônus e responsabilidades perante o soberano.

Com a institucionalização do poder, ou melhor, com a instituição do Estado, a soberania passa a ser atribuída à própria organização estatal – o Estado. Com isto, o conceito de soberania limita-se à dimensão normativa-jurídica, noutras palavras, consiste na não subordinação da ordem ou instituição jurídica estatal a qualquer outra ordem ou instituição jurídica.

Segundo Neves (2008, p. 159), esta discussão clássica sobre soberania do Estado está esgotada e superada por causa da crescente emergência de ordens jurídicas “*supranacionais*” de âmbito regional, que conduziram à crise do conceito de soberania formulado pela Teoria Geral do Estado. A União Europeia é um grande exemplo disto.

Com isso, é necessário reconstruir o conceito de soberania, agora conforme o Estado Democrático de Direito. A Constituição do Estado pode ser definida como o mecanismo sistêmico da soberania do Estado enquanto organização central ou centro de observação de dois sistemas autopoieticos estruturalmente acoplados, o sistema da política e o do direito, onde o estabelecimento e a alteração permanente e continuada do direito dependem de decisões políticas (NEVES, 2008, p. 161).

Por causa destes dois sistemas autopoieticos (direito e política), o conceito contemporâneo de soberania exige do Estado Democrático de Direito a

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

responsabilidade política para questões globais urgentes, ou seja, questões que estão além das suas fronteiras territoriais nacionais. Vale dizer que a autopoiese da política da sociedade mundial não reside exclusivamente nos Estados territoriais, mas se inter-relaciona com a política mundial de todas as nações. Com isso, o conceito de soberania perde sua função de proteção contra um poder superior e vai em direção à responsabilidade social, ambiental e econômica pela ordem regional ou quiçá global (NEVES, 2008, p. 162).

Sendo a Constituição do Estado, num Estado Democrático de Direito, a representação jurídica das vontades políticas dos cidadãos, com força normativa de máximo valor não subordinante a outra fonte normativa, característica da soberania, é na Carta Política que devemos buscar o conceito de soberania.

Estabelecido o conceito contemporâneo de soberania, pelo qual a soberania não tem mais caráter absoluto, mas relativo, vejamos como consta os direitos humanos em nossa Carta Política.

5 OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Assim como os direitos sociais, os direitos humanos têm sido considerados como de matéria constitucional. Por outro lado, para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, estes são de natureza internacional. Em ambos os casos, os direitos humanos e sociais necessitam da força atuante do Estado para a proteção e aplicabilidade no seio da sociedade.

Piovesan (2013, p. 84-85) afirma que os direitos humanos ganharam relevo extraordinário no Brasil especificamente após a promulgação da Carta Política de 1988, sendo que a política brasileira de direitos humanos, a partir de então, passou a ser de reconhecimento de obrigações internacionais e relevantes transformações internas.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Vale lembrar que até 1985, pouco antes da promulgação da Carta Política, o Brasil vinha de um período denominado historicamente como “ditadura militar”, cujos governos foram acusados de violação aos direitos humanos de cidadãos brasileiros.

Realmente, o Texto Constitucional de 1988 incluiu de forma inédita entre os direitos fundamentais, além dos já comuns direitos civis e políticos, também os direitos sociais. Desta maneira, pela interpretação sistemática da nossa Carta Magna, não há direitos fundamentais sem que sejam respeitados os direitos sociais.

O elenco de direitos fundamentais insculpidos nos primeiros artigos da nossa Carta, muitos deles traduzidos de princípios éticos ou morais, transformaram valores axiomáticos em normas jurídicas axiológicas que devem ser conjugadas quando da interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

Portanto, a interpretação constitucional não pode ser alienada aos valores morais insculpidos em seus princípios ora juridicizados. Decorre disto que a interpretação da nossa Carta Política passa necessariamente por uma interpretação mais jusfilosófica, baseada em seus princípios, conforme a teoria do direito defendida por Dworkin.

E tais princípios passam a comandar o governo brasileiro inclusive no âmbito das relações internacionais. Conforme podemos refletir da leitura do artigo 4º, incisos II, III, VIII e IX da nossa Constituição Federal de 1988, temos uma orientação para as nossas relações externas que se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Além disso, o § 2º do artigo 5º da nossa Carta Magna dispõe que os direitos e garantias expressos na 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.

Acrescente-se, ainda, que o §1º do artigo 5º citado acima determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

então os direitos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte devem ter aplicação imediata.

No entender de Canotilho, os direitos e garantias fundamentais não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais. É neste contexto que há de ser feita a leitura dos dispositivos constitucionais pertinentes à proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 92).

Quando nossa Carta Política determina a prevalência dos direitos humanos como princípio regulador das nossas relações internacionais (art. 4º, inciso II) isso implica a elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos em âmbito nacional, mas, acima de tudo, que estas sejam integradas às demais regras da ordem jurídica interna brasileira. Além disso, o Brasil assume o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

Desta maneira, é inquestionável que os direitos humanos dispostos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte signatária devem ser respeitados. O problema é saber se para isto é necessário ou não a incorporação destes direitos no direito interno.

6 DIREITOS HUMANOS E A SOBERANIA NACIONAL

Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal e por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.

Por outro lado, Flavia Piovesan (2013, p. 123-124) não concorda com esta teoria nos casos de tratados internacionais que se referem aos direitos humanos, na medida em que estes apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Isto porque os tratados de direitos humanos objetivam a

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados e, desta maneira, este caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. A autora conclui dizendo que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, no qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, § 2º — apresentam hierarquia constitucional e os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º, dispondo que “os *tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição*”.

Em que pese esta EC ser de 2004, parte da doutrina defende que é um dispositivo interpretativo e, desta maneira, teria sua eficácia retroativa. Neste sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18.799, confirma que o § 3º do art. 5º possui eficácia retroativa.

Em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº. 466.343, estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado. Todavia, dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, mas, sem dúvida, rompe com a jurisprudência anterior de 1977.

Um exemplo de que a soberania nacional já não é absoluta está na decisão prolatada no HC nº 123.246, em 15 de janeiro de 2009, na qual concluiu o Tribunal que a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria desde a adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992.

Para Agustín Gordillo, com a ratificação de tratados internacionais, não apenas o Tribunal nacional, mas também o Tribunal internacional é competente para declarar a antijuridicidade da conduta contra direitos humanos no plano interno (PIOVESAN, 2013, p.144), isto porque, segundo a teoria monista, com a ratificação, o tratado internacional passa a vigorar tanto no âmbito internacional quanto no interno.

É fato que existe a concepção dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas, independentes e autônomas: a ordem jurídica nacional e a ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência.

Podemos afirmar que por força do art. 5º, § 1º o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual aplica-se a sistemática de incorporação automática aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, enquanto que aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

A Constituição brasileira de 1988 assegura a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, desde que ratificados, e a expedição de decreto tem sido exigida pela jurisprudência do STF para a promulgação do tratado internamente, dando publicidade e executoriedade.

A incorporação de tratados internacionais poderá coincidir com o direito interno, integrar ou ampliar direitos ou, ainda, contrariar disposições jurídicas internas.

A Constituição de 1988 contém inúmeros dispositivos que reproduzem fielmente enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal de 1948, do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (1966/1976) ou da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Portanto, os tratados, nestes casos, coincidem com o direito interno, não havendo controvérsia.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Em um segundo caso, o tratado internacional pode integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos. Nestes casos, o tratado internacional inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno.

Por fim, o tratado internacional pode contrariar dispositivo interno, estabelecendo um conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. O melhor critério a ser adotado é o que prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, que é o titular do direito. Antônio Augusto Cançado Trindade defende que não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, pois a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana, conforme interpretação obtida pelo art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹. Essa hermenêutica dos tratados de direitos humanos vem endossar o princípio **pro ser humano** ou princípio *pro persona* (PIOVESAN, 2013, p. 156-157).

CONCLUSÃO

Os direitos humanos como fonte de Direito Internacional encontram-se num debate jurídico internacional recente se contarmos a história da civilização humana.

Como vimos antes, a principal fundamentação para a proteção internacional dos direitos humanos é o princípio da dignidade da vida humana. O conceito de dignidade humana para fins jurídicos, segundo Dworkin, deve ser buscado no seio da sociedade, nas práticas sociais convergentes encontradas numa forma de vida

¹ Art. 29 Convenção Americana: “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

compartilhada, pois não deve ser uma convenção estipulada por um ato de autoridade.

Sendo um conceito interpretativo, a dignidade humana possui valores internos e externos que, ao ser interpretada, carrega e influencia a interpretação por parte do agente interpretador. Por isso, o conceito de dignidade humana passa por diferentes concepções conforme o local e o tempo histórico em que se tomem como referências, devido a padrões culturais, éticos e morais distintos no tempo e no espaço. Isto explica porque houve épocas, por exemplo, em que a escravidão e o tratamento servil eram culturalmente admissíveis. Temos provas disto em relatos bíblicos e em todas as historiografias da civilização humana desde a Idade Antiga.

Em épocas em que não se conhecia o limite geográfico do mundo, as guerras armadas por conquistas de terras e de mão de obra escrava obtidas foram muito comuns, pelo menos até o descobrimento do Novo Mundo. Em nome destas conquistas e até mesmo em nome da religião, cometeram-se barbaridades contra o ser humano, o qual não era visto de maneira igual por sua composição genética, mas sim pela sua nacionalidade, posição social, poder militar ou político. Era o período das trevas.

Mesmo o pensamento Iluminista do século XVIII, que pregava a razão contra as crenças metafísicas da Idade Média, que culminou com as revoluções francesa e americana, também tinha um conceito de dignidade humana próprio da época em que se encontrava.

Nos dias de hoje, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, não podemos mais admitir tratamentos bárbaros entre seres humanos que envolvam a escravidão, tortura, limitação à liberdade e à vida, entre outros. Preconceitos por causa de nacionalidade, raça, credo, sexo ou idade também não podem ser mais admitidos.

Neste sentido, o conceito de dignidade humana deve ser universal, obtido pela confluência entre os povos. Contudo, na prática este conceito universal encontra

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

limitações decorrentes da soberania das nações, principalmente das nações orientais, que adotam culturas e costumes de vida bastante distintos da cultura ocidental.

Verificamos que quando os Estados participam de tratados internacionais sobre direitos humanos, a soberania destes países tem seu conceito relativizado. Mas não são todos os países que fazem parte destes tratados. Além disso, mesmo para os países que são signatários de tratados internacionais, os mecanismos de controle internacional (*international accountability*) ainda são de eficácia contida em determinados casos, pois acarretam, na maioria das vezes, apenas notas de repúdio contra o estado infrator ou, no máximo, embargos econômicos por alguns dos estados-partes. Por isso, a soberania ainda é um limitador para um conceito universal de dignidade humana.

Vale como exemplo, em que pese serem signatários da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, Egito e Bangladesh formularam inúmeras ressalvas em relação ao acordo e ainda acusaram o Comitê sobre a eliminação da discriminação contra a mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao impor uma visão ocidental sobre a igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família (PIOVESAN, 2013, p.268).

Outros exemplos de infração contra os direitos humanos podemos encontrar em notícias internacionais, como a que envolve a “guerra civil” na Síria. Enquanto os rebeldes tentam acabar com a ditadura da família Assad e instituir um regime democrático, o governo alega que está combatendo terroristas que tentam desestabilizar o país. Em 2012, a Cruz Vermelha e a ONU classificaram os conflitos como guerra civil e, com isto, iniciaram a cobrança pela aplicação do Direito Humanitário Internacional e para a investigação de crimes de guerra. Infelizmente as missões diplomáticas para resolver o conflito têm fracassado, demonstrando a fragilidade do sistema de controle internacional (*international accountability*). De acordo com o Observatório Sírio para os Direitos Humanos, do início dos conflitos até

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

março de 2014, mais de 140 mil pessoas já haviam morrido. Entre os mortos estavam mais de 7 (sete) mil crianças e 5 (cinco) mil mulheres².

Estes e outros exemplos nos dão conta de que o conceito de dignidade humana ainda tem muito que evoluir para ser considerado universal. Não obstante, entre os países que assumiram proteger os direitos humanos, é possível extrair um conceito “universal” de dignidade humana que deva ser seguido como exemplo nas relações internas de cada país.

Por fim, defendemos que os direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte, uma vez ratificados e aprovados pelo Congresso Nacional possuem natureza de direitos fundamentais e, portanto, de aplicação imediata, conforme interpretação sistemática da nossa Carta Política, sendo que tal interpretação decorre de uma nova teoria do direito, na qual admite que para a interpretação do direito valores axiológicos presumidos nos princípios devem ser levados em consideração de forma ponderada, conforme o caso, para dar sentido a intencionalidade do direito contemporâneo. Somente com a busca da intencionalidade da dignidade humana é que poderemos evoluir como sociedade civilizada.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Soberania e República em Jean Bodin. **Revista Discurso** nº 39 [online] 2009. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/68264> acesso em 25/02/2018>. Acesso em: 19/02/2018.

BERTONCINI, Mateus; MACHADO, Graziela C. da Silva B. A concessão de incentivos tributários voltados à inclusão da população afrodescendente no mercado de trabalho, como meio de promoção da igualdade e da fraternidade. In: OLIVEIRA, F. C.; OLIVEIRA, O. M. B. A.; VERONESE, J. R. P.. **A fraternidade como categoria jurídica: da utopia à realidade** / Organizadores: Francisco Cardozo Oliveira, Josiane

² Entenda os conflitos na Síria. Terra online. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/guerra-civil-da-siria/> acesso em 15/02/2018.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Rose Petry Veronese e Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015. p. 286-312.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Brasil: Malheiros Editora, 8ª Ed. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário oficial, Brasília, 05 de outubro de 1988.

TERRA. **Entenda o conflito na Síria**. Terra on-line. Mundo. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/guerra-civil-da-siria/> Acesso em 10/02/2018.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. 1789 Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 20/02/2018.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução de Waltensir Dutra. Atualização e revisão técnica de Marcia Guerra. 22 Ed.Revista e Ampliada. Rio de Janeiro – RJ. LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora. 2017.

KELSEN, Hans. Tradução: MACHADO, João Baptista. **Teoria Pura do Direito**. 8 Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
MACHADO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. 1ed. Saraiva, 07/2013.

NEVES, Marcelo. “**Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**”. Martins Fontes, 2 ed. São Paulo. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013

SOUZA, Sylvio Capanema de. **O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf Acesso em 16/02/2018.