

A PROBLEMÁTICA ATINENTE ÀS LIMITAÇÕES DO MERO RECONHECIMENTO LEGAL DOS DIREITOS HUMANOS: A DIGNIDADE HUMANA, PARA ALÉM DO INDIVIDUALISMO LIBERAL, COMO DISCURSO LEGITIMADOR SOBRE OS FUNDAMENTOS MORAIS

THE PROBLEMATIC ATINENTE TO THE LIMITATIONS OF THE MERE LEGAL RECOGNITION OF THE HUMAN RIGHTS: THE HUMAN DIGNITY, TO BEYOND THE LIBERAL, INDIVIDUALISM, AS LEGITIMIZING DISCOURSE OF THE MORAL FUNDAMENTALS

Suélen Farenzena

RESUMO

O presente texto tem por objetivo analisar os limites do mero reconhecimento legal dos direitos humanos, demonstrando que a fundamentação desses direitos constitui sua chave de proteção, efetivação e realização. O estudo propõe-se a demonstrar que o sistema positivo do direito, dissociado de valores morais, não é suficiente para a proteção dos direitos humanos, evidenciando, em consequência, que, para se efetivar a proteção desses direitos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico-racional que a justifique, construído a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que, tendo em vista a pretensão de universalidade, não pode restringir-se ao contexto ideológico do liberalismo.

Palavras-chave: Limites da positivação. Fundamentação dos direitos humanos. Dignidade.

ABSTRACT

The present text has the objective to analyze the limits of the mere legal recognition of the human rights, demonstrating that the grounding constitutes the key of protection, effectiveness and accomplishment. The study aims to demonstrate that the positive law system, dissociated of moral values, is not enough for protection of the human rights, evidencing, in consequence, that to accomplish the protection of these rights, is necessary to find a reference, a theoretician-rational ground that justifies it, constructed since the finding that the human rights brings essential requirements for the life of the human person that is searching for the pretension of universality and can't restrict itself to the ideological context of liberalism.

Keywords: Limits of the Positivation. Grounding of the Human Rights. Dignity.

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por escopo demonstrar a importância da reflexão sobre o fundamento ou razão de ser dos direitos humanos, tendo em vista que, ao passo que se proliferam legislações nacionais e internacionais em busca da positivação do respeito desses direitos, assiste-se, em contrapartida, a sua sistemática violação, o que evidencia que não há um discurso legitimador forte que assegure sua proteção.

Para isso, inicialmente, contextualiza-se que o sistema positivo do direito desqualifica qualquer tentativa de discernir ou articular uma ideia de lei que transcenda a realidade empírica do sistema legal existente. Contudo, a validade dos direitos humanos deve assentar-se em algo mais profundo, como demonstraram as experiências totalitárias. O reconhecimento legal desses direitos não assegura que eles não serão violados, muito pelo contrário, em não raros casos, observa-se a utilização de seu discurso como justificativa para fins antagônicos. Isso demonstra que a força dos direitos humanos depende da base que os sustenta, de sua justificativa moral, a qual, pela sistemática violação, depreende-se que não se encontra disseminada, restando necessário, pois, retomar-se essa discussão.

Busca-se, então, evidenciar que, para se efetivar a proteção desses direitos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico-racional que a justifique. O fundamento é o que dá consistência ao direito. A partir dele, insere-se na consciência de cada indivíduo a importância de se reconhecer e respeitar os direitos humanos. Assim sendo, analisar o fundamento de um direito é fazer referência à sua razão de ser, seu valor ou mesmo a necessidade de sua efetivação. A multiplicidade dos usos da expressão demonstra, entretanto, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, a sua prática. Por isso é que se afirma que sem uma justificação sólida e racional, que defenda a importância dos direitos humanos, estes não se sustentam e não conseguem realizar seu fim máximo, restando imprescindível, pois, sua consideração.

Visando a discutir o tema de que esse fundamento deve ser construído a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que, tento em vista a pretensão de universalidade, não pode restringir-se ao contexto ideológico do liberalismo, apresenta-se que, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada necessariamente à condição humana de cada indivíduo, não há como se descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) dessa mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos e pela circunstância de nessa condição convivem em determinada comunidade ou grupo. Verifica-se, em última instância, a importância de considerar uma visão de caráter mais instrumental, traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na magistratura moral coletiva, não restrita, portanto, à ideia de autonomia individual, mas que, pelo contrário, parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e a proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis.

A POSITIVAÇÃO E OS SEUS LIMITES

Existe uma variedade muito grande de perspectivas e modos de fundamentar a validade dos direitos humanos e a necessidade de serem respeitados. Essas diferenças são de perspectiva ou abordagem

ideológica ou filosófica, mas todas elas coincidem num reconhecimento básico a valores fundamentais. Com efeito, a maneira como se entende o sentido de direitos humanos vai influenciar o julgamento sobre que direitos podem ser considerados absolutamente inalienáveis, quais são universais, quais devem ser priorizados, quais podem ser relativizados por outros interesses coletivos, quais exigem pressão internacional e quais demandam programas especiais de implementação ou lutas mais efetivas.¹

Por isso, fundamentações e interpretações diversas dos direitos humanos não são importantes apenas do ponto de vista acadêmico, mas também possuem relevância prática para a normatização e implementação concreta desses direitos e para a relação entre eles. Note-se que, se, de um lado, o direito ao trabalho encontra dificuldade de reconhecimento nas concepções socialistas, o direito à propriedade somente é aceito com fortes restrições. Interpretações comunitaristas, que derivam os direitos humanos de um contexto histórico-político e social concreto, tenderão provavelmente à valorização da ordem de valores éticos tradicionais, em detrimento dos direitos individuais, contrastando, assim, com o pensamento clássico-liberal individualista. Contrariamente, o liberalismo de direito individualista corre o risco de, eventualmente, não interpor obstáculos à discriminação de minorias culturais, devido à sua desejada cegueira cultural. Fundamentações exclusivamente cristãs ou islâmicas dos direitos humanos podem levar a que se tratem minorias religiosas ou não religiosas no âmbito da tolerância confessional e não pelo princípio da plena igualdade de direitos. Enquanto isso, concepções laicas podem colocar atividades religiosas sob suspeita de serem reação política e, por interpretação restritiva da liberdade religiosa, tentar bani-las da vida pública.² Assim sendo, aparentes diferenças abstratas da interpretação teórica dos direitos humanos acobertam conflitos políticos concretos.

O positivismo, que aqui, pelo recorte epistemológico, constitui o pano de fundo da discussão, busca evitar, nesse contexto, subjetividades, partindo do suposto da relatividade da moralidade. Com isso, desqualifica qualquer tentativa de discernir ou articular uma ideia de lei que transcenda a realidade empírica do sistema legal existente. De tal sorte, essa visão acaba por negar a base filosófico-moral dos direitos humanos,³ tendo em vista que, segundo sua visão, a fonte dos direitos

humanos deve ser encontrada exclusivamente nos decretos de um sistema legal com sanções vinculadas a ele.

Eis o grande equívoco dessa concepção, que tem gerado tantos problemas: antes de fazerem parte de uma lei (até mesmo da Constituição) e, com isso, passarem a obrigar os poderes públicos sob o signo de direitos fundamentais, os direitos humanos são parte integrante da moral jurídica universalista. Os direitos humanos e os direitos fundamentais não se distinguem, entre si, como direito e moral, e sim como direito estatal e pré-estatal.⁴ Os direitos humanos são desta última categoria, correspondendo ao direito moral que as pessoas devem umas às outras.

Logo, a afirmação de que os direitos humanos são direitos fundados na moral não significa, como se poderia olvidar, a moralização do direito, no sentido de remeter as ações de cada pessoa à sua própria consciência moral, mas que os direitos humanos pressupõem deveres, inscritos também na moral, por meio do princípio que afirma serem legítimas unicamente aquelas prescrições que tornam compatível a liberdade de um com a liberdade de todos os outros.⁵ O formato jurídico representa, nesses termos, apenas uma consagração, reconhecimento ou meio de implementação de direitos que são, logicamente, independentes dessa recepção jurídica, sendo perfeitamente lógico reclamar, pois, o respeito aos direitos humanos mesmo em frente a sistemas jurídicos que não os reconhecem.⁶

Sucedede que, embora em uma democracia todo cidadão tenha o dever moral geral de obedecer a todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas, esse dever geral não pode ser absoluto, pois, mesmo na sociedade justa, podem-se produzir leis e políticas injustas. Com base nisso, as minorias cujos direitos foram violados têm, em contrapartida, o direito de violar a lei? Dworkin assevera, nesse sentido, que um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais deve abrir mão da ideia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral. Por esse motivo, diz que é preciso considerar insincero qualquer governo que trate com rispidez a desobediência civil, ou que faça campanha contra o protesto verbal.⁷ Talvez seja hora,

pondera o autor, de não levar nenhuma doutrina abstrata a seu extremo lógico. Para que as leis e instituições jurídicas forneçam as regras básicas a partir das quais as questões venham a ser discutidas, essas regras não devem ser as leis do mais forte que a classe dominante impõe aos mais fracos.

O fato é que, ao separar o sistema legal dos fundamentos éticos e morais da sociedade, como pretendiam os filósofos positivistas clássicos, a lei positiva propaga a crença de que a norma deve ser obedecida, não importando quão imoral ela possa ser ou quanto possa desprezar a vida dos indivíduos. As atrocidades cometidas pela maioria dos sistemas totalitários aconteceram dentro da legalidade do sistema. Os nazistas sempre se orgulharam de cumprir a lei. O mesmo se pode dizer do *apartheid* praticado na África do Sul.⁸

Com efeito, os regimes totalitários, enquanto no poder, e os líderes totalitários, enquanto vivos, sempre comandaram e se basearam no apoio das massas. A ascensão de Hitler ao poder foi legal, dentro do sistema majoritário,⁹ e ele não poderia ter mantido a liderança de tão grande população, sobrevivido a tantas crises internas e externas e enfrentado tantos perigos de lutas intrapartidárias, se não tivesse contado com a confiança das massas. Arendt, nesse enfoque, precisa que o termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente, devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar a uma organização baseada no interesse comum, seja partido político, seja organização profissional, ou seja sindicato de trabalhadores.¹⁰ O ponto central de sua argumentação não é, como se poderia olvidar, que as massas se tornaram inúteis e foram postas para fora do processo político, mas sim que elas deixaram de participar da cena pública e por isso se prestaram a manipulações de todas as ordens. Como ela mesma resume, a principal característica do homem da massa não é a brutalidade, mas o seu isolamento e a sua falta de relações sociais normais.

Nesse enfoque, a positivação de determinadas pretensões próprias dos direitos humanos é importante, mas não é prova de sua validade, que, antes, decorre de fatores éticos. Por isso é que a expansão do reconhecimento jurídico dos direitos humanos, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, não tem impedido que, ao longo do século

XX e início do século XXI, sejam presenciados genocídios sem precedentes, massacres, perseguições cruéis, intervenções sangrentas de grandes potências na vida de outros povos, analfabetismo e fome.¹¹

Tanto é assim que, se fosse questionada a possibilidade de retorno de uma experiência totalitária nas condições atuais, a resposta seria quase evidente: as sociedades contemporâneas, que viram nascer os regimes nazista e comunista, não podem se considerar livres de regimes totalitários; continua-se a viver em uma sociedade de massas e essas estão cada vez mais longe de poder participar do processo político ou de poder se organizar eficazmente em organismos de representação. O surgimento de uma série de organizações na sociedade civil, que procuram formular políticas contrárias aos principais eixos de decisão, mostra que se está longe de aumentar a transparência dos governos e de alargar o espaço de participação popular nas decisões que concernem seu destino mais imediato. Uma boa parte das populações, mesmo das sociedades mais ricas, está cada vez mais isolada e entregue a processos que são apresentados como inevitáveis. Com isso, pode-se afirmar não apenas que um movimento¹² totalitário seja possível no terreno mais geral das possibilidades, mas também que vários fatores conduzem a temer que as condições atuais se assemelham a outras nas quais essa experiência aconteceu.

Eis por que a quase inquestionável valorização dos direitos humanos na política e no direito internacional durante as últimas décadas não deve levar à enganosa conclusão de que hoje realmente eles sejam observados e respeitados em todo o mundo. Continuam ocorrendo em todos os continentes agressões maciças aos direitos humanos, como prisões arbitrárias, torturas, condenações à morte e outras formas cruéis de punição, opressão de dissidentes políticos, discriminação de minorias, limpezas étnicas, tratamento desumano de refugiados, racismo e sexismo, exclusão social e miséria. Considerando essa realidade, surge a suspeita de que, em muitos casos, o apoio aos direitos humanos não passe de retórica vazia.¹³ Até mesmo ocorre o cinismo de se verem chefes de Estado, cujos regimes são responsáveis por graves violações dos direitos humanos, assumirem funções relevantes em organismos das Nações Unidas que se debruçam sobre o assunto,¹⁴ minando a credibilidade moral.

Por esses e outros motivos é que Ruiz questiona a maneira como se consegue essa unidade ou consentimento da maioria, como se legitima socialmente o poder para que ele possa exercer-se de forma maciça e estamental. Começa pontuando que a aceitação de uma ordem gera consenso e assegura a obediência, sem ser necessário o uso da força. Diz que as faces do poder lhe permitem inserir-se nas práticas de dominação sem ser percebido como coação, autolegitimando-se como uma correta prática social. O revestimento simbólico é o que confere ao poder, pois, a roupagem da legitimação, que na sociedade pós-industrial se realiza pelo caráter racional, pelos “mecanismos de consenso socialmente estabelecidos”. Essa aceitação, supostamente pactuada, é o que possibilita, então, as formas de dominação com caráter racional e científico das instituições, obtendo, implicitamente, um consentimento social. A racionalidade acaba por adquirir, nesses termos, uma dimensão simbólica, pois tudo que é revestido com o sentido de racional ou científico fica impregnado com a marca do verdadeiro, do legítimo.¹⁵

Resta claro, pois, que o instrumento por excelência do totalitarismo é a propaganda. Como seu público não possui os meios para fazer o confronto entre posições divergentes, os movimentos totalitários se servem da propaganda para forjar uma ideia coerente da realidade que, mesmo estando em flagrante contradição com muitos dados de realidade, é percebida como fornecendo uma visão muito mais consistente e científica do mundo. A palavra de toque é a ciência que passa a ser usada como um suporte para discursos que preenchem o vazio da solidão de cada indivíduo atomizado. Uma das consequências funestas desse apelo à ciência é o fato de que mesmo o espaço tradicional do direito e da lei passou a ser ocupado por um discurso muito mais poderoso, baseado na convicção de que não havia razão para se obedecer a “leis humanas”, quando se podia obedecer a leis da natureza ou da história diretamente. Teoricamente, correspondia ao postulado de Hitler, segundo o qual o Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética,¹⁶ porque, quando se pressupõe que a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos, então não há mais necessidade de decretos públicos.

Ocorre que a aceitação máxima do sistema e a resistência mínima dos dominados se consegue por meio da legitimação simbólica do

poder, que opera com os elementos logicamente racionais. O pacto, no presente contexto, representa o elemento simbólico por excelência dos Estados modernos, o qual legitima o poder instituído como se fosse um poder justo. Acerca disso, Ruiz fala do serviço prestado e da dívida e, fazendo uma diferença entre legalidade e legitimidade, reconhece que se pode legalizar algo que socialmente se considera ilegítimo.¹⁷ Logo, o poder do discurso dos direitos humanos não se obtém da lei, antes os direitos humanos legitimam-na.

Em vez de dizer que o governo totalitário não tem precedentes, pode-se, com efeito, dizer que ele destruiu a própria alternativa na qual se baseiam, na filosofia política, todas as definições da essência dos governos, isto é, a alternativa entre o governo legal e o ilegal, entre o poder arbitrário e o poder legítimo. Nunca se tinha posto em dúvida que o governo legal e o poder legítimo, de um lado, e a ilegalidade e o poder arbitrário, de outro, são aparentados e inseparáveis. No entanto, o totalitarismo coloca-se diante de uma espécie totalmente diferente do governo. É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele próprio estabeleceu ou que não se deu o trabalho de abolir. Mas não opera sem orientação de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente aquelas leis da natureza ou da história, que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis. Afirmção monstruosa e, no entanto, aparentemente irrespondível do governo totalitário é que, longe de ser ilegal, recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final; que, longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre-humanas que qualquer governo jamais o foi;¹⁸ e que, longe de exercer o seu poder no interesse de um só homem, está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõem ser a lei da história ou da natureza.

De qualquer maneira, a contribuição do positivismo pode ser significativa no sentido de que os direitos são mais objetivos quando escritos positivamente, o que torna mais clara a sua proteção ou violação. Não obstante, o *reconhecimento* representa apenas o primeiro passo. Esse reconhecimento não deve, entretanto, restringir-se à teoria, deve avançar em direção à prática. A atitude de *respeito* exigida pelos direitos humanos acrescenta uma postura ativa, pois o respeito torna concreto o alcance do reconhecimento, já que respeitar é reconhecer

no outro uma dignidade e fazer o movimento para torná-la possível e efetiva. Indo mais além, a *tutela* diz respeito não só a que cada um é responsável pela vigência dos direitos humanos, mas também que cabe àqueles que detêm poder e autoridade. A *promoção* dos direitos humanos representa, assim, a plena dimensão de suas exigências,¹⁹ porque exige a intervenção ativa dos responsáveis da sociedade e dos indivíduos.

Ocorre que um dos fatores que tem contribuído para que os direitos humanos não se efetivem tanto quanto se deseja é a crença de que a garantia está assegurada quando se alcança um reconhecimento jurídico dos direitos em questão. Não obstante, o fato de os direitos humanos estarem positivados não implica um reconhecimento e uma efetividade maiores, pois, antes de obedecer à lei, é preciso termos boas razões para isso. Por isso, a generalizada violação dos direitos humanos nos leva a concluir que não há um discurso que legitime sua prática ou a observância das leis que visam a protegê-los.²⁰ Por essa razão, torna-se necessário construir um discurso legitimador, passando pela maior reflexão sobre seus fundamentos morais.

A FUNDAMENTAÇÃO COMO CHAVE DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são resultado de um questionamento que os seres humanos fazem sobre si mesmos e o seu modo de viver em sociedade desde uma perspectiva ética e crítica; os modos de formular essas questões e as suas respostas possíveis são muitos; por isso é sempre necessário fundamentar, isto é, dizer desde que lugar se está refletindo e formulando os conceitos, pois a força que se atribui às exigências dos direitos humanos depende da base que os sustenta. A solidez da justificação é que garante a firmeza de tais direitos. Fundamentar significa, pois, perguntar a origem de onde eles brotam. Por isso o termo fundamentação abarca um duplo conteúdo: o significado e o objeto do tema. No que respeita ao primeiro caso, assume a função de responder à pergunta central relativa à consistência dos direitos humanos. Isto é: qual a sua origem? E o porquê dos direitos humanos? Intimamente ligado ao primeiro, o segundo aspecto versa sobre o caminho mais adequado para chegar não só a mesma base dos direitos humanos, mas também, sobretudo, para tentar justificá-la.²¹

Essa reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos somente se tornou relevante, entretanto, quando as violações desses direitos na prática cotidiana trouxeram consigo um alto grau de relativismo na sua interpretação e provocaram uma conseqüente insegurança nas relações entre os Estados nacionais e o seio da própria sociedade civil. O fato é que a influência positiva na teoria do direito aprisionou a temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise da sua fundamentação fosse considerada uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.²² O problema dos fundamentos dos direitos humanos foi considerado, nesse sentido, como resolvido, desde o momento em que se chegou a um acordo,²³ entre os diversos países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a respeito de quais seriam esses direitos e quais as suas garantias mínimas. Contudo, um número crescente de filósofos e juristas tem enfatizado a recuperação dessa temática, tendo em vista, precisamente, a experiência histórica que evidenciou a fragilidade dessa categoria de direitos diante de governos autoritários.

Sucedem que a baixa efetividade ou ineficácia dos direitos humanos, visível na sua sistemática violação, suscita, pois, questionamentos em torno do papel e do alcance da positivação: a incorporação a um ordenamento jurídico, na condição de normas jurídicas solenemente proclamadas por um Estado, ou mesmo pela ordem internacional, é suficiente para que os direitos humanos sejam respeitados, na medida em que, assim, se tornam protegidos por uma sanção institucionalizada?²⁴ Ou, ao contrário, a origem de sua violação deve-se mais à carência de representatividade dos direitos humanos como um símbolo universal com força suficiente para evocar compreensão e entendimento?

Com efeito, vislumbra-se que os direitos humanos se encontram em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente, de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados. Na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em conseqüência, a sua prática. O emprego da expressão “direitos humanos” reflete essa abrangência e a conseqüente imprecisão conceitual com que

tem sido utilizada.²⁵ A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas²⁶ em face da violência e da injustiça.

Chega-se ao extremo de se ter a sensação de que militantes e ativistas dos direitos humanos não sabem muito bem o que querem dizer ao usar essa palavra ou a usam entre si com diferentes sentidos, ou supondo que o outro sabe do que está falando. Pode-se até falar de uma retórica dos direitos humanos, uma instrumentalização ideológica deles. Por isso, a função do pensamento filosófico-jurídico é tentar superar essas inconsistências e buscar uma fundamentação²⁷ e uma conceituação o mais universalizáveis possível.

Deve-se, nesse sentido, buscar boas razões para defender a legitimidade dos direitos em questão e para convencer o maior número possível de pessoas a reconhecê-la. Partindo-se do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles reconhecidos, deve-se lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha feita e que gostaríamos que fosse feita também pelos outros,²⁸ representando esse um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.

Bobbio, a despeito, reconhece como inegável a existência de uma crise dos fundamentos. Pondera, entretanto, que se deve reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, afirma ele, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto,²⁹ mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Aduz, contudo, que essa busca 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. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.

Aqui, entretanto, seu discurso vicia-se. O mesmo autor registra que não se trata tanto de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou

relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das declarações solenes, sejam continuamente violados. Diga-se de passagem: essa afirmativa está longe de esgotar o problema. O que se questiona na violação dos direitos humanos é, antes, a necessidade da existência de uma categoria de direitos universais que perpassem a ordem jurídica nacional³⁰ e coloquem limites ao exercício do poder.

Lembra Kant que os juristas, quando tratam de autorizações ou pretensões de agir, distinguem, em cada caso, a questão jurídica (*quid iuris*) e a questão de fato (*quid facti*), denominando a demonstração da *quaestio iuris* uma dedução. Assim, enquanto em questões de fato, o profissional do Direito procura provas. Em matéria de direito, ele cuida de encontrar e demonstrar as razões justificativas que formam a legitimidade da conclusão. A dedução transcendental no campo ético toma claramente a acepção de razão justificativa, visando a encontrar, em última instância, o supremo princípio da moralidade, o qual não é outro senão o denominado imperativo categórico,³¹ uma lei prática incondicional ou absoluta, que serve de fundamento último para todas as ações humanas.

No campo da teoria geral do Direito, a noção de fundamento diz respeito à validade das normas jurídicas e à fonte da irradiação dos efeitos delas decorrentes. Em outras palavras, emerge do questionamento acerca do motivo que a norma vale e deve ser cumprida. Hoje é unanimemente aceita a ideia de que o ordenamento jurídico interno forma um sistema hierarquizado de normas, tendo por fundamento a Constituição, a qual se funda, por sua vez, no chamado poder constituinte. Mas, levando a indagação até o fim, qual o fundamento último do poder constituinte? Ainda estaremos aí, no campo do direito? Não parece haver dúvida de que o poder constituinte encontra seu fundamento último num fato – isto é, a força dominante de um indivíduo, de uma família, de um estamento, de um partido político, ou de uma classe social – ou então num princípio ético, isto é, numa razão justificativa de conduta,³² que transcende a autoridade dos constituintes.

Tanto é assim que a concepção do positivismo jurídico naufragou ante os abusos do hitlerismo: a reação universal diante dos crimes nazistas levou os chefes de Estado aliados a instruir o processo de

Nuremberg e a interpretar o *adágio nullum crimen sine lege* não num sentido positivista, pois a lei violada na ocorrência não dependia de um sistema de direito positivo, mas da consciência de todos os homens civilizados. A convicção de que era impossível deixar impunes aqueles crimes horríveis, mas que escapavam a um sistema de direito positivo,³³ prevaleceu, assim, sobre a concepção positivista do fundamento do direito.

O fato é que, até a Idade Moderna, a justificativa ética que servia de fundamento ao direito vigente apresentava-se sempre como transcendente: a divindade, segundo uns, ou a natureza, entendida como princípio fundamental de todos os seres, de acordo com outros. Já no séc. XVII, sem dúvida, como reação ao escândalo das guerras de religião (católicos v. protestantes), iniciou-se na Europa Ocidental a pesquisa de um fundamento exclusivamente terreno para a validade do direito. Essa pesquisa orientou-se em dois sentidos: de um lado, a ressurreição da moral naturalista estoica e a construção do chamado jusnaturalismo (as leis positivas, em todos os países, têm a sua validade fundada no direito natural, sempre igual a si mesmo); de outro lado, o antinaturalismo ou voluntarismo de Hobbes, Locke e Rousseau, segundo o qual a sociedade política se funda na necessidade de proteção do homem contra os riscos de uma vida segundo o “estado da natureza”, em que prevalece a insegurança máxima,³⁴ representando, de tal modo, a matriz do positivismo jurídico, que se tornou concepção predominante a partir do séc. XIX.

A mitologia da lei na história da Idade Moderna desenvolveu-se, pois, em três momentos, que refletiram, no campo da teoria do direito, organizações políticas historicamente situadas: o momento fundacional ou do estado absoluto, que encontrou a sua formulação teórica mais acabada na obra de Thomas Hobbes, especificamente, no *Leviatã* (1651); o momento positivista ou do estado liberal, que fundou suas bases no tripé propriedade, família e contrato e que atingiu a sua mais sofisticada elaboração teórica na obra de Hans Kelsen, a *Teoria Pura do Direito* (1933); e o momento da crise, quando se explicitaram as insuficiências do positivismo jurídico diante dos desafios sociais, políticos, econômicos e culturais da sociedade contemporânea. Esse último momento encontrou, nas obras de H.L.A.Hart, Ronald Dworkin,³⁵ Eros Grau e Lenio Luiz Streck as tentativas mais coerentes, ainda que por caminhos

teóricos próprios, de recuperar dos escolhos do positivismo jurídico em crise os fundamentos lógico-rationais de uma nova ordem jurídica.

Consoante referido, segundo a teoria positivista, o fundamento do direito não é transcendental ao homem e à sociedade, mas se encontra no pressuposto lógico (o “contrato social” ou a norma fundamental) de que as leis são válidas e devem ser obedecidas, quando forem editadas segundo um processo regular (isto é, organizado por regras aceitas pela comunidade) e pela autoridade competente, legitimada de acordo com princípios também anteriormente estabelecidos e aceitos. É a explicação formal da validade do direito. A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX cruamente demonstraram, é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito. Ocorre que o fundamento do poder constituinte não se encontra em si mesmo, mas numa causa que o transcende. Na ausência de uma razão justificativa exterior e superior ao sistema jurídico, um regime de terror, imposto por autoridades estatais investidas segundo as regras constitucionais vigentes e que exercem seus poderes dentro da esfera formal de sua competência, não encontra outra razão justificativa ética senão a sua própria subsistência. Ora, é justamente aí que se põe, de forma aguda, a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal,³⁶ ainda que esta se baseie numa Constituição formalmente promulgada.

Santiago Nino, em seu ensaio sobre a fundamentação, inicia pontuando que pretende ocupar-se de um tema de índole conceitual, precisar a noção de direitos humanos, estabelecer as condições de aplicabilidade da expressão. No entanto, diz que o conceito deve ser empregado na articulação da concepção. Portanto, fala que vai adiantar uma caracterização provisória da noção, deixando-a aberta em frente à possibilidade de desenvolvimento. Para isso, propõe três princípios,³⁷ de cuja combinação derivam os direitos humanos fundamentais: a) o princípio da inviolabilidade da pessoa; b) autonomia da pessoa; c) dignidade da pessoa.

Visualiza-se que essa sua concepção poderia resumir-se à última assertiva, que possui o condão, pois, de abarcar as anteriores. Sucede

que o desafio da reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos reside, em última análise, na busca de uma fundamentação racional, portanto universal, dos direitos humanos. Torna-se evidente que os desafios colocados pelo processo histórico à ordem jurídica obrigam à recuperação teórica da questão dos fundamentos dos direitos humanos, como condição para se obter uma explicação funcional e não uma fundamentação normativa do direito. Essa fundamentação crítica ou moral poderá ser construída a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana. A manutenção da dignidade humana constitui, assim, o cerne dos direitos humanos.³⁸ Mas em que consiste, ao certo, a dignidade humana? E que tipo de dignidade deve ser essa?

DIGNIDADE HUMANA: DISCURSO LEGITIMADOR ALÉM DO LIBERALISMO

O sentido da dignidade humana é amplamente dependente e varia de acordo com a acepção de pessoa que se adote, tendo consequências práticas e especulativas relevantes para o debate bioético e dos direitos humanos. Com efeito, desde que a modernidade ocidental provocou profundas mudanças no conceito clássico de pessoa, tornando-o independente dos vínculos sociais do ser humano, e introduziu no discurso antropológico a aparente identificação entre os conceitos de pessoa e de ser humano, criou-se a dificuldade de definir pessoa, dando origem a duas correntes: vitalista e atualista ou neokantiana. Para a primeira, a dignidade decorreria do simples fato de alguém pertencer à espécie humana (do simples fato de ser humano), enquanto, para a segunda, seria resultado do fato de alguém ostentar características moralmente relevantes, cujo gozo natural e pleno seria *conditio sine qua non* para a caracterização da pessoa.³⁹ De tal sorte, distanciam-se entre si na medida em que valoram, de forma diversa, para a conceituação de pessoa, a presença atual ou não de capacidade para exercer propriedades, como consciência, linguagem, pensamento, sentimento, memória e assim por diante.

Note-se, a despeito disso, que, na China, por volta do século IV a.C., o sábio confucionista Meng Zi afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus e indispo-

nível para o ser humano e os governantes. Nesse particular, tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, podem-se encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o Cristianismo extraiu o pensamento de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.⁴⁰ Contrapondo-se ao pensamento da Antiguidade Clássica – em que a dignidade dizia com a posição social ocupada pelo indivíduo –, a concepção estoica partia do pressuposto de que a dignidade, como qualidade inerente do ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. Assim, especialmente em relação a Roma, é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade. Com efeito, a partir das formulações de Cícero, conferiu-se à dignidade da pessoa humana um sentido mais amplo, fundado na natureza humana e na posição superior ocupada pelo indivíduo no universo, partindo-se do pressuposto de que é a natureza que prescreve ao homem a obrigação de levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de serem também humanos, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis da natureza, que proíbem que uns prejudiquem os outros.

No entanto, oportuno se faz referir que a noção de dignidade da pessoa, ainda que não diretamente mencionada sob esse rótulo, já se encontrava subjacente a uma série de autores da Antiguidade, como demonstrado, inclusive além das fronteiras do mundo clássico grego-romano e cristão ocidental. Foi, pois, no contexto dos abusos perpetrados pelo sistema de *encomiendas* e de outras artimanhas político-jurídicas para engendrar a organização da exploração do trabalho indígena, que os missionários franciscanos e dominicanos – encarregados da missão evangelizadora nas novas terras – manifestaram sua reprovação imediata. O dominicano Bartolomé de las Casas destacou-se, nos primeiros anos da colonização, como o principal teórico a sustentar a humanidade dos indígenas, renunciando a dinâmica de como esses direitos se desenvolveriam no século XX. Contrapondo-se ao sistema, ele deslegitimou as bases da conquista e as razões para a escravização, as guerras e a evangelização forçada. A convivência direta com os índios foi determinante, naturalmente, para que ele renunciasse à sua *encomienda* e se tornasse, em seu tempo, o

mais fervoroso defensor dos povos nativos. Las Casas testemunhando a crueldade com que eles eram tratados, que provocou um legítimo genocídio e a sua quase dizimação em poucos anos de conquista, passou a defender, nessa conjuntura, o princípio da igualdade entre todos os homens, considerando o grau civilizatório irrelevante⁴¹ como critério de gradação ou medida de humanidade.

Fica, pois, claro que a diversidade de interpretações que o elemento subjetivo da ideia de dignidade suscita permite que se fale em tipos de dignidade. A noção de dignidade comporta alguns desdobramentos conceituais, se analisada como uma posição numa escala de valores por meio de sua relação com as noções de direito, respeito e autorrespeito. Sob essa perspectiva, não há uma ideia unívoca de dignidade, senão tipos de dignidade,⁴² que podem se desdobrar em dignidade de mérito, dignidade de estatura moral, dignidade de identidade e *Menschenwürde* (dignidade humana universal), segundo a proposta de Lennart Nordenfelt.

Não obstante, resta necessário tornar claro, mais uma vez, como e por que se constituiu a noção de que o indivíduo humano é um ser intrinsecamente digno e como esse pensamento evoluiu ao longo do processo de gestação dos direitos humanos. Cabe lembrar, desde logo, que também para a dignidade da pessoa humana se aplica a noção de que qualquer conceito possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída,⁴³ para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido.

Aqui, por oportuno, então, interessa notar que, na Antiguidade, a condição para ser pessoa não se resumia à pertença à espécie humana, senão à realização das capacidades e habilidades que a condição humana proporcionava. Não havia, assim, uma identidade lógica entre os conceitos de ser humano, indivíduo e pessoa. Tratava-se de um tipo de sociedade em que o indivíduo não representava a sua unidade referencial básica, nem tinha direitos pelo simples fato de ser humano. A pessoa desempenhava papéis ou então se situava dentro de uma linha de ancestralidade. A dignidade, como *status* necessário para o gozo direitos, decorria do fato de ser pessoa e não do simples fato de ser humano. Essa dignidade não tinha o mesmo sentido que tem hoje, aproximando-se mais da ideia de honra, decorrente dos vín-

culos sociais estabelecidos. Com efeito, com a perda das qualidades que transformavam um ser humano em pessoa, conseqüentemente, admitia-se a perda da dignidade como condição de acesso a certos direitos e garantias, justificando a escravidão⁴⁴ e a morte de recém-nascidos com deficiências físicas. Com o advento da modernidade, no entanto, a ideia de pessoa sofreu uma profunda inflexão, tornando-se independente dos vínculos sociais do ser humano. Não obstante, permaneceu a dicotomia entre ser humano e pessoa,⁴⁵ emergindo, com isso, a corrente vitalista e naturalista ou neokantiana.

Em qualquer caso, as concepções deixaram em aberto questões que são tormentosas no discurso bioético e dos direitos humanos, introduzindo, ao mesmo tempo, uma imprecisão conceitual, ao estabelecer critérios de difícil definição para que um ser humano se torne pessoa. Observando essa situação, Santiago Nino aponta que, quando se está diante de situações limítrofes, a ideia de dignidade humana exige uma definição mais precisa a respeito do humano, para a qual propõe: a) caracterizar o conceito de ser humano sobre a base de propriedades que se apresentam como moralmente relevantes,⁴⁶ cuja consequência é considerar que há homens que são em menor grau que outros, já que aquelas propriedades são tipicamente de índole gradual; b) caracterizar o conceito de ser humano em termos de traços biológicos muito elementares que todos seres humanos apresentam em igual grau, caso em que não se vislumbra claramente como esses traços biológicos possam servir de único fundamento para conceber tais direitos.⁴⁷

O fato é que, mesmo durante o medievo, a concepção de inspiração cristã e estoica seguiu sendo sustentada, destacando-se como principal expoente Tomaz de Aquino. Já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, o humanista italiano Pico de La Mirándola, partindo da concepção da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser essa a qualidade que possibilita construir de forma livre e independente a própria existência e o próprio destino. Francisco de Vitória, no século XVI, no limiar da expansão espanhola, deu sua preciosa contribuição sustentando, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravidão dos habitantes, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana, eram, em princípio, livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos.⁴⁸ Com isso, no âmbito do pensamento jusnaturalista

dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e secularização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Em Kant, a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano. O pesquisador considera essa o fundamento da dignidade do homem, sustentando que o indivíduo não pode ser tratado como objeto. Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da pessoa humana. Com base nessa premissa, Kant sustenta que o homem e, de uma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo,⁴⁹ não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.

Essa concepção acaba, pois, por remeter à pergunta sobre o início e o fim da dignidade da pessoa, além de toda uma gama de outros questionamentos, e que tanta relevância tem assumido no âmbito da biotecnologia e do assim designado biodireito, notadamente no que diz respeito à proteção jurídica do embrião em face de toda sorte de manipulações, assim como nas questões vinculadas à dignidade no final da vida, especialmente naquilo que envolve a discussão em torno da viabilidade e dos limites da eutanásia. Aqui, entretanto, particularmente, interessa desenvolver a ideia de dignidade humana como uma concepção para além do individualismo liberal.

Sucedem que a ideia de direitos humanos está vinculada a uma particular visão política e jurídica produzida no contexto ocidental moderno. De acordo com essa visão, o liberalismo clássico e a sua compreensão das ideias de indivíduo, liberdade e igualdade – incorporadas às Declarações modernas de direitos – são pressupostos constitutivos dos direitos humanos. Esse discurso hegemônico insere-se, assim, na tradição que remonta à longa história do pensamento ocidental e que se consolidou com o iluminismo europeu. Essa tradição, pois, tem como

principal característica o empoderamento do indivíduo por meio da concessão de direitos derivados do exercício de uma vontade livre e incondicionada. Com efeito, esse modelo de compreensão, ao trabalhar com a vinculação do discurso dos direitos humanos a estes pressupostos, obscurece e limita as possibilidades de compreensão de uma ideia que está muito além dos propósitos individualistas e uniformizantes do liberalismo clássico.⁵⁰

A ideia de pessoa, segundo a qual a habilidade para conhecer (ou racionalidade) é o que torna o ser humano, está, de fato, envolvida nesse discurso hegemônico, que pressupõe um indivíduo possuidor de direitos e legitimado a reclamá-los e a exercê-los contra quem quer que seja. No Ocidente,⁵¹ tanto a democracia quanto os direitos humanos têm sido fomentados, nessa esteira, pelo avanço de uma espécie de humanismo, que ressalta o modo como os seres humanos se distinguem do resto do cosmos e adquirem um estatuto mais elevado que qualquer outra coisa.⁵² Os direitos, pois, segundo esse enfoque, nascem como poderes do indivíduo que se sobrepõe à sociedade. Daí, ao invés de falarmos que é errado matar alguém, dizemos que temos direito à vida.

A lógica do individualismo, nessa conjuntura, é a da independência, da libertação dos entraves, que tem por horizonte a forma como o indivíduo moderno só se preocupa consigo mesmo. Essa valorização da independência ou da autossuficiência, quando é levada ao extremo, conduz ao gesto daquele que abandona a vida social e as suas condicionantes, que não vê aí o local da sua realização, para consagrar seu progresso e destino próprios. Por oportuno, em frente a uma sociedade em que os homens giram incessantemente sobre si mesmos para obterem pequenos e vulgares prazeres, com que enchem a sua alma e onde cada um deles, colocado à parte, é como que um estranho em face a todos os outros,⁵³ podem-se ver as consequências da liberdade dos modernos,⁵⁴ que Constant definira explicitamente em termos de independência.

Decorre que, no individualismo, o homem é considerado naturalmente livre e nada pode sujeitá-lo a qualquer poder terreno senão sua própria vontade. Como é um cânone do individualismo, a racionalidade humana é um pressuposto dessa concepção. A crença na razão suplantou, nesse particular, a supremacia de Deus e da tra-

dição e erigiu a concepção antropocentrista, a partir do momento em que o homem assimilou sua capacidade de conhecer por si mesmo os objetos e, assim, dominá-los. A ideia de contrato social acaba tendo, porquanto, no individualismo, seu pressuposto mediato, pois essa concepção reconhece ao homem a livre disposição de suas volições, que torna possível a realização do pacto.⁵⁵ O contrato, decorrente da vontade livre dos indivíduos, nesse passo, dá origem ao Estado Civil, a cujas normas o homem se submeterá porque são, em última análise, sua própria vontade.

Em Kant, contudo, a reflexão não centra no interesse à sobrevivência do indivíduo, mas na abrangente e subjetiva responsabilidade de cada pessoa. A percepção da autonomia moral da vontade é concomitante com a conscientização de que a cada ser humano, como sujeito moral, corresponda uma dignidade inviolável que o eleva acima de qualquer coisa. O imperativo categórico, que se dirige à vontade de cada indivíduo, exige o recíproco e irrestrito reconhecimento de todos os seres humanos. O individualismo ético da autonomia moral implica sempre a superação da própria perspectiva individual em favor do reconhecimento de todos os outros como sujeitos morais. O necessário caráter social do direito implica, assim, concomitantemente uma correspondência de direito e dever.⁵⁶

Ocorre, de tal modo, que a condição de indivíduo livre, autocentrado e autônomo que é resultado final de toda a construção histórica do pensamento moderno sobre o homem, não é universal e inerente a toda a humanidade. O modelo hegemônico de compreensão dos direitos humanos, embora não recuse a dignidade humana como pressuposto desses direitos, considera que a ela está implícita uma ideia de sociedade que não passa de uma soma total de indivíduos, cujas vontades são soberanas. Daí que admitir a dignidade humana como fundamento dos direitos humanos, própria da concepção contemporânea inaugurada após a Segunda Guerra Mundial, supõe outra leitura para esse conceito, em que a concepção individualista de ser humano dê lugar à sua concepção como ser moral, que têm direitos a serem realizados na sociedade. De tal modo, quando se vincula a dignidade humana à qualidade moral da pessoa, nega-se, desde já, um “eu” isolado e atomístico, que estava na base da justificação

liberal e jusnaturalista moderna dos direitos humanos⁵⁷ e que enseja a rejeição de seu universalismo (no sentido de comum) pelos povos de matriz comunitária.

É curioso observar, pois, como o Ocidente enfatiza a individualidade dos direitos, esquecendo praticamente por completo a existência de deveres correlatos. O fato é que toda pessoa tem deveres em relação à comunidade, pois só nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. Assim sendo, já não mais se deve falar de direitos pertencentes a pessoas atomizadas, mas situadas em um contexto, em uma comunidade em que não somente tem prerrogativas, mas também deveres em relação aos seus congêneres. Deve-se partir de uma reflexão que comece do “outro concreto”,⁵⁸ dos seres humanos de carne e osso que lutam diariamente por satisfazer as suas necessidades e saciar as suas carências. Somente desse outro concreto se poderão ir construindo as bases para chegar ao “outro generalizado”, isto é, ao ser humano como entidade global – humanidade – e como ser dotado de capacidade abstrata para lutar por sua particular concepção de dignidade humana.

A mesma concepção situa-se, com efeito, no cerne da luta contra o risco da desumanização, consequência do desenvolvimento desmesurado da tecnociência e do mercado. O inimigo não é mais única e exclusivamente o poder do Estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo. Verifica-se, então, como a dignidade humana se encontra referida à questão não do indivíduo, mas da humanidade. A dignidade se apresenta como um qualificativo do gênero humano, que torna possível identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero.⁵⁹ Logo, se a liberdade é a essência dos direitos humanos, a dignidade é a essência da humanidade.

De tal sorte, viver neste mundo implica uma contínua luta para não cair no déficit de sentido (a coisificação do humano) nem no excesso de sentido (a idealização do humano). Pretende-se sempre ser livre, mas, ao mesmo tempo, não se pode exercer a liberdade senão assumindo essa condição de seres fronteiriços que vivem e atuam entre esses dois limites. Somos, em outros termos, seres fronteiriços que não estão a sós no mundo, mas que convivem com outros serem fronteiriços que, do mesmo modo que nós, vivem e atuam em dita fronteira. A nossa liberdade é mais política. É mais um marco de composição de

vontades do que desagregação atomizada.⁶⁰ Desse modo, nossa liberdade começa onde e quando começa a do outro. Ele reclama a nossa liberdade para poder exercer a sua; e nós reclamamos a sua liberdade para exercermos a nossa. Por conseguinte, quanto mais experimentamos a nossa liberdade, mas reconhecemos a do outro.⁶¹

Logo, a dignidade, do ponto de vista jurídico, pode ser pensada como um dever e um encargo. Por essa razão, ninguém pode submeter-se voluntariamente à violência ou desrespeitar-se. O que se encontra em discussão são os próprios limites impostos pela dignidade humana ao exercício da liberdade individual. Constata-se, portanto, na problemática suscitada pela dignidade humana, que nos encontramos em face de um duplo desafio. Como conciliar a liberdade individual e o princípio que lhe é fundamental? Por outro lado, transferindo a questão para o patamar das relações sociopolíticas, como estabelecer os limites para as ações do Poder Público, que visam, em princípio, ao bem da coletividade, diante desse manto protetor de valores que se encontram implícitos na própria natureza humana e que se expressam pelo princípio da dignidade humana? Talvez a resposta se encontre em aceitarmos que a natureza do princípio da dignidade humana nos força a reconhecer que o seu conteúdo, expresso nas máximas a que nos referimos, são os verdadeiros núcleos pétreos da vida humana, regulando de forma absoluta as relações interindividuais e entre a coletividade e os indivíduos. Por essa razão, torna-se necessária a constante adequação lógico-racional do princípio da dignidade humana a cada caso,⁶² retirando-o do invólucro adjetivo em que foi envolvido pela prática jurídica.

Assim sendo, não tenho mais remédio senão me comprometer e me responsabilizar com a criação de condições que permitam a todas e a todos pôr em marcha, contínua e renovadamente, caminhos próprios de dignidade. Essa aproximação material da concepção de dignidade remete-nos, pois, aos cinco deveres básicos que devem informar todo compromisso com a ideia de dignidade humana que não tenha intenções colonialistas⁶³ e que tenha sua atenção fixada sempre na necessidade de abertura dos circuitos de reação cultural: o reconhecimento, o respeito, a reciprocidade, a responsabilidade e a redistribuição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como restou evidenciado, o positivismo propaga a creança de que os juristas devem ter, como única preocupação, a legalidade, dizer o que é ou não é conforme o direito. Assim procedendo, ele descarta os fundamentos éticos e morais da sociedade – que apenas interessariam à religião –, eis que o intuito de limitar o poder do legislador representaria uma incursão indevida no funcionamento do direito. Para o positivismo jurídico, a justiça é aquela tal como foi precisada pelo legislador. Na linha da visão teocrática – em que a autoridade é considerada uma emanção de Deus – supondo que o mandamento emana de uma fonte acabada. Transferindo para a vontade geral – constituída mercê de um contrato social – as funções cumpridas anteriormente pela vontade divina, o positivismo jurídico acabou, pois, por negar a existência de um direito que não fosse a expressão da vontade do soberano, essa considerada obrigatória em virtude do *pacta sunt servanda*.

Exatamente essa concepção é a que foi e tem sido a responsável pela sistemática violação dos direitos humanos. Ocorre que sua base antecede a própria formação do Estado, motivo pelo qual se deve resgatar a importância de se reconhecer e respeitar os direitos humanos. O fato é que o reiterado desrespeito a esses direitos supõe uma dúvida, um desacordo, uma contestação, ora quanto à existência, à verdade ou ao caráter obrigatório de uma realidade, de uma proposição ou de uma norma, ora quanto à natureza daquilo que existe, ao sentido da proposição, ao alcance da norma, motivo pelo qual se sustenta a necessidade de se buscar um fundamento, que deve ser construído a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que possui uma dignidade que lhe é própria e merece respeito como sujeito moral livre, autônomo e responsável. Daí a situação ímpar que urge de ser protegida para além das limitações do mero reconhecimento legal.

Com efeito, essa concepção, tendo em vista a pretensão de universalidade de prática e reconhecimento, deve abandonar os ideais liberais em torno das quais se encontra atualmente inserida, que pressupõe um sujeito individualista, imponderado, que pode viver independentemente dos outros, os quais se tornam um obstáculo. Exatamente aí reside o contraponto aos direitos humanos, que postula um forte apelo

à solidariedade. O liberalismo suprime a necessidade de participação na sociedade, enfraquecendo a ideia de democracia, dando guarita apenas a determinado modelo de ser humano, o proprietário. A concepção de dignidade humana a ser adotada como fundamento deve transcender, nesse sentido, em muito o individualismo, exigindo um agir responsável no espaço político, para além de uma leitura simplista que se tem feito das declarações, que deixam de perceber o contexto histórico dos povos que vivem à margem da sociedade.

NOTAS

- 1 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 19.
- 2 Interpretações diversas da relação entre direitos humanos e democracia podem, por exemplo, ter implicações na determinação de embasamento e limites da liberdade de opinião que, de acordo com o tradicional pensamento liberal, integram o direito privado individual, enquanto, na interpretação republicana, também devem servir de condição para a livre constituição de espaço público do engajamento civil (BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 19-20).
- 3 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 23.
- 4 HÖFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 168.
- 5 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, Unisinos, v. 40, n. 2, p. 68-69, jul./dez. 2007.
- 6 Como exemplifica Santiago Nino, acerca da situação vivenciada quando da elaboração de sua obra, em frente a um protesto pelo fato de que na União Soviética não se reconhece o direito a formar associações políticas distintas do partido comunista, não cabe a réplica de que a ordem jurídica soviética não admite tal dissidência, já que ela, por certo, acabaria precisamente com o protesto (NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 15).
- 7 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 313-314.
- 8 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 23.
- 9 O ideário nazista, prometendo prosperidade e o fim da miséria, alcançou grande popularidade com a crise de 1929. Garantindo trabalho e o fim das imposições do Tratado de Versalhes, os nazistas pareciam oferecer ao povo alemão tudo que ele mais precisava. Em pouco tempo, grupos empresariais passaram a financiar o Partido Nazista, que, no início da década de 1930, alcançou uma vitória expressiva que se manifestou com a presença predominante de seus deputados ocupando as cadeiras do Legislativo. Embora, em 1932, Hitler tenha perdido as eleições presidenciais para o marechal Hindenburg, no ano seguinte, não suportando as pressões da crise econômica alemã, o presidente convocou Hitler para ocupar a cadeira de chanceler. Quando o presidente Hindenburg morreu, foi aprovada, em plebiscito, com 90% de votos favoráveis, a fusão do cargo de primeiro-ministro ou chanceler com o da Presidência da República, o que colocava todos os poderes nas mãos de Hitler, inclusive o comando das forças armadas (KERSHAW, Ian. **Hitler: um perfil de poder**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 43-44).

- 10 ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 339.
- 11 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, Unisinos, v. 40, n. 2, p. 66, jul./dez. 2007.
- 12 A distinção entre movimento e regime é importante porque desmonta a tese de que, numa sociedade democrática, não há espaço para o totalitarismo. O que se viu na Alemanha, e o que ainda se vê nas sociedades atuais, é que as democracias são passíveis de serem usadas pelos movimentos extremistas exatamente porque não podem impedir a manifestação de divergência dos que se servem de mecanismos institucionais para se manifestarem (BIGNOTTO, Newton. O totalitarismo hoje? *In*: AGUIAR, Odílio Alves (Org.). **Origens do totalitarismo**: 50 anos depois. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 39).
- 13 No Brasil, o exemplo é o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, em que os direitos humanos foram utilizados como discurso legitimador. No presente, consignou-se que, considerando que o Governo da República era responsável pela execução da autêntica ordem democrática, baseada na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana, editava-se a normativa para adoção das medidas necessárias a essas garantias [...] (art. 11).
- 14 Na medida em que se perde a unidade da base normativa dos direitos humanos, corre-se o risco, em contrapartida, de desvanecerem-se os limites de seu uso consciente. Seu emprego irrefletido e inflacionado para fins ético-políticos de toda sorte ou estilizada utilização como promessa pseudorreligiosa, acaba por transcender a validade política e jurídica (BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 15-17).
- 15 RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos, 2004. p. 47.
- 16 ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 444.
- 17 A *autorictas* se consolida no exercício fático do poder por meio da reduplicação simbólica dos mecanismos que instituem sua legitimidade. A autoridade se firma e estabiliza à medida que as formas simbólicas que a promoveram são aceitas amplamente na sociedade. Por sua vez, o exercício da autoridade busca reforçar a verdade ética do conjunto de representações sociais que a promoveram. A autoridade é legitimada pelos mecanismos simbólicos que, por sua vez, se reforçam no exercício legal do poder legítimo (RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos, 2004. p. 64).
- 18 ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 514-515.
- 19 O fim prioritário de uma sociedade civil é a proteção eficaz dos membros que a constituem e a promoção do bem comum e da justiça. Esse conceito de justiça pode ser estreitado ou ampliado. Pode ser limitado à justiça no seu espaço mais “jurídico”, normativo, positivista e processual; pode ser entendido como uma justiça de caráter “socioeconômico”, concebida como o direito de todos a participar dos bens do mundo; ou pode ser justiça no sentido ético, que aponta para uma consciência ética de solidariedade e respeito mútuo de todos os seres humanos. Os direitos humanos se reconhecem dentro dessa vertente, não descartando os outros aspectos da justiça, mas não se limitando a nenhum deles (CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 14).
- 20 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo, Unisinos, v. 40, n. 2, p. 70, jul./dez. 2007.
- 21 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 12-13.
- 22 BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 506.
- 23 Criaram-se, pela da atenuação das posições absolutas originais (fundamentação naturalista e interpretação historicista), as condições para que se estabelecesse um campo onde os dois

- grupos de defensores dos direitos humanos pudessem se encontrar com vistas a definir uma pauta concreta de direitos, independentemente de sua fundamentação. Nesse sentido, pode-se afirmar que não existem fundamentos teóricos comuns para os direitos humanos, mas exclusivamente uma concordância em torno de critérios mínimos que abarcam diferentes posições ideológicas e que são formalmente aceitos em diferentes sistemas jurídicos nacionais (BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 512).
- 24 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, Unisinos, v. 40, n. 2, p. 66, jul./dez. 2007.
- 25 Semelhante impasse vive-se quanto aos princípios. Como aponta Lenio Streck, as posturas voluntaristas do direito acabaram por dar azo a uma verdadeira fábrica de princípios, fenômeno ao qual o autor denomina de *panprincipiologismo*, que acaba, pois, por fragilizar de sobremodo o grau de autonomia que deve ter o direito na contemporaneidade. Acontece que um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a “positivação de valores”. Esse anúncio, assim apresentado, acaba por facilitar a criação, em um segundo momento, de todo tipo de princípio, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 146-7).
- 26 BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 499-500.
- 27 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 15-6.
- 28 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 16.
- 29 Contra essa *ilusão*, o autor levanta quatro dificuldades: a) a primeira derivaria da consideração de que a expressão “direitos do homem” é muito vaga. Logo, seus termos avaliativos acabam sendo interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete. E mais, o fundamento de direitos é o apelo a valores últimos. Só que o que é último, precisamente por ser último, não tem nenhum fundamento; b) em segundo lugar, os direitos do homem constituiriam uma classe variável. Direitos declarados absolutos foram submetidos a radicais limitações; direitos que as declarações sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados; no futuro, poderão emergir novas pretensões, como o direito a não portar armas contra a própria vontade. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza, não se podendo conceber como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos; c) por terceiro, entre os direitos, haveria pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis. Portanto, as razões que valem para sustentar umas não valem para sustentar outras. Nesse caso, não se deveria falar de fundamento, mas de fundamentos dos direitos do homem; d) por fim, o autor aponta a existência de antinomia entre esses direitos. Afirmando que os direitos individuais tradicionais podem ser considerados liberdades, enquanto os sociais, poderes, defende o autor que são eles antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17-22).
- 30 A experiência histórica recente mostra como tem sido deficiente o exercício desses controles. Essa baixa eficácia do sistema jurídico em garantir direitos fundamentais foi provocada, em muitos casos, pela interpretação estritamente positivista da norma jurídica. A reconstrução dos direitos humanos exige, assim, uma investigação que se destine, sobretudo, a recuperar

- a dimensão fundacional dessa categoria de direitos (BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 509).
- 31 Os imperativos são fórmulas para exprimir as relações entre as leis objetivas do querer em geral e a discórdância subjetiva da vontade humana. O imperativo é hipotético no caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, ou seja, em vista de algum propósito. Em contrapartida, o imperativo é categórico quando não é limitado a nenhuma condição, tratando-se de um mandamento absoluto (necessário), valendo como princípio apodíctico-prático (da razão). O imperativo prático será, pois, o seguinte: “[...] *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59).
- 32 COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: IEA – USP, 1997. p. 3.
- 33 Numa visão teocrática da sociedade, quando se supõe que o mandamento emana de uma fonte perfeita, a norma por ele estabelecida não pode ser contestada. Se o mandamento se origina da vontade geral, constituída a mercê de um contrato social, a norma por ele estabelecida é considerada obrigatória em virtude do princípio *pacta sunt seroanda*: a vontade nitidamente expressa do soberano fornecerá a essas normas um fundamento indiscutível. Vê-se como, ao transferir para a vontade geral às funções cumpridas anteriormente pela vontade divina, o positivismo jurídico veio a fundamentar toda regra jurídica positiva no poder legislativo do Estado e na sanção, que garante a obediência à lei (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 395).
- 34 COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: IEA-USP, 1997. p. 6.
- 35 Tanto Hart, quanto Dworkin concordam que a existência social da lei demonstra a insuficiência da concepção positivista, pois a lei e sua aplicação não se formulam e dirimem conflitos no nível da abstração teórica. Tanto um, quanto outro autor sustentam que a lei depende de sua dimensão social. Essa dimensão, que não se encontra nas mitologias anteriores, fez-se presente na argumentação inicial da crítica contemporânea ao positivismo jurídico, mas, quando se chegou no ponto de purificar a lei e sustentar a empreitada positivista, a dimensão social foi arbitrariamente excluída e a dependência que a lei tinha dela se mostrou prontamente, ainda que misteriosamente, extrincável. Entra-se, assim, em franco processo de mitificação da lei, que deixa de ter uma conexão específica com a sociedade, mas que, ao mesmo tempo, exerce um papel de dominadora sobre essa mesma sociedade (BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6).
- 36 COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997, p. 6.
- 37 O primeiro proibiria impor sacrifícios a um indivíduo somente em razão de que isso beneficiaria a outros indivíduos; o segundo designa um valor intrínseco à persecução de planos de vida e ideais de excelência e, em virtude de um princípio complementar, ao prazer e a ausência de dor; o último prescreveria tratar os homens de acordo com suas volições e não em relação a outras propriedades sobre as quais não tem controle (NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: un ensayo de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989. p. 46).
- 38 BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 520-521.
- 39 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 61-62.
- 40 Ainda que não se encontre na Bíblia uma definição propriamente dita de dignidade, mas, sim, uma concepção de ser humano que serviu e até hoje tem servido como pressuposto espiritual para o reconhecimento e construção de um conceito de dignidade da pessoa

- humana – não obstante este tenha passado por um processo de secularização (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: parte I. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 212-213).
- 41 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, p. 21, 2011.
- 42 a) A *Menschenwürde* pertence a todos os seres humanos na mesma medida e não pode ser perdida enquanto as pessoas existirem; b) a dignidade de mérito depende das dignidades sociais formais e posições de vida. Há muitas espécies desse tipo de dignidade, e ela é muito desigualmente distribuída entre os seres humanos. A dignidade de mérito existe em graus, e ele pode ir e vir; c) a dignidade da estatura moral é o resultado das ações morais do sujeito; também pode ser reduzida ou perdida por ações imorais do sujeito. Esse tipo de dignidade está ligada à ideia de um personagem digno e da dignidade como uma virtude. A dignidade da estatura moral é, assim, um grau de dignidade e também é distribuída desigualmente entre os seres humanos; d) a dignidade de identidade está ligada à integridade do corpo e da mente e, em muitos casos, embora não sempre, também depende da autoimagem do sujeito. Essa dignidade pode ir e vir como resultado das ações dos seres humanos e também como resultado das mudanças da integridade do sujeito. Logo, consoante se depreende, a dignidade *Menschenwürde* é a base própria e específica para os direitos humanos, eis que consiste em uma dignidade que pertence a cada ser humano no mesmo grau por toda a vida. Ela não pode ser tirada de nenhuma pessoa e não pode ser atribuída a nenhuma criatura sem a devida fundamentação (CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 82-83).
- 43 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: parte I. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 212.
- 44 Hoje uma das formas simbólicas utilizadas pelos mecanismos do poder é o serviço prestado. A dominação, vista como um modo útil e necessário de diferenciação funcional, justifica-se como um serviço necessário que as elites mais competentes prestam ao conjunto da sociedade. Para legitimar sua condição de preeminência hierárquica, as diversas formas da elite social simbolizam seu *status* como um serviço de direção ou gestão, de conhecimento superior ou de administração eficaz que ele têm capacidade de oferecer e que os dominados, dada a sua inferioridade de conhecimento, a sua falta de capacidade ou a carência de habilidades, seriam incapazes de exercer. Esse é um serviço imprescindível para um bom e correto funcionamento da sociedade. É um serviço menos tangível que o trabalho físico ou braçal que comumente desenvolvem os dominados, porém é um serviço “muito mais importante”, mais imprescindível, mais insubstituível. Derivado disso, introduz-se o símbolo de que os dominados estão em dívida com as classes dominantes, dada a superioridade e a transcendentalidade do serviço prestado por essas classes ao conjunto da sociedade. Sem o saber e o serviço das elites, o caos imperaria, o atraso social seria muito maior e não se teria alcançado o mínimo de progresso que se tem (RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos, 2004. p. 59-60).
- 45 CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 72.
- 46 NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 44.
- 47 Se a dignidade humana parte da ideia de que todo ser humano é detentor de direitos, tem-se, conseqüentemente, que admitir a necessidade de respeitar os interesses básicos do ser humano na exata medida em que esses reclamarem proteção e respeito, à revelia de qualquer sinal ou manifestação das propriedades especificamente humanas: consciência, entendimento, linguagem, sentimento etc. Porém, se a dignidade humana se basear na concepção atualista de pessoa, considerando moralmente relevantes aspectos decorrentes de sua autonomia, não se poderá reconhecer dignidade a todo e qualquer ser humano (CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 73).

- 48 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: parte I. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 212.
- 49 Segundo o conceito do dever necessário consigo mesmo, o homem que anda pensando em se suicidar indagará a si mesmo se a sua ação pode estar de acordo com a ideia da humanidade como fim em si mesma. Se, para fugir a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação tolerável. Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem para o mutilar, degradar ou matar (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 60).
- 50 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. *In*: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 105.
- 51 O que é triste é que, enquanto a Europa construiu o edifício do indivíduo dentro de suas próprias fronteiras, destruiu a pessoa humana de outras margens. Como os direitos humanos se expandiram entre as pessoas brancas, impérios europeus infligiram terríveis massacres sobre o restante dos habitantes do planeta. A eliminação das populações nativas da América e da Austrália e a escravidão de milhões de africanos durante o tráfico de escravos europeus foram duas das maiores tragédias de direitos humanos da época colonial. A supressão de milhões de asiáticos em quase toda parte do continente durante os longos séculos de dominação colonial foi outra colossal calamidade aos direitos humanos. Paradoxalmente, embora o governo colonial formalmente tenha terminado, a dominação ocidental e o controle continuam a ter impacto sobre os direitos humanos da imensa maioria do povo não ocidental, ainda que de maneiras mais sutis e sofisticadas, mas não menos destrutivas e devastadoras. O Ocidente domina, por exemplo, o controle da política mundial por meios das Nações Unidas e do Conselho de Segurança. Se certas potências ocidentais assim o desejarem, podem fazer com que o Conselho de Segurança imponha sanções, por mais injustas que sejam, em qualquer Estado que, em sua opinião, precisa ser coagido a submeter à sua vontade. Indo mais além, o Ocidente controla também a economia mundial por meio do FMI, do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio (OMC) e do G7, além das notícias globais e a informação através de Reuters, AP, UPI, AFP e a maioria da CNN. Isso sem falar que a música, os filmes, as roupas e os alimentos ocidentais estão criando uma cultura global que, possuindo apenas caráter ocidental, tem conteúdo incapaz de acomodar culturas não ocidentais numa base justa e equitativa. Essas ideias, valores e visões de mundo estão marginalizando, assim, outras ideias sobre o ser humano, sobre relações humanas e sobre os laços sociais incorporados das civilizações mais antigas (MUZAFFAR, Chandra. *From human rights to human dignity*. *In*: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 26-27).
- 52 TAYLOR, Charles. Conditions of na unforced consensus on human rights. *In*: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001. p. 103-106 e 111.
- 53 RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjetividade. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 77.
- 54 Sob a forma da contraposição entre liberdade dos modernos e liberdade dos antigos, a antítese entre liberalismo e democracia foi enunciada e sutilmente defendida por Benjamin Constant: o objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria – era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas – chamando de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições. Em outras palavras, a liberdade dos antigos era constituída pela participação ativa e constante no poder coletivo. A nossa liberdade é (deve ser), ao contrário, resultado da fruição pacífica da independência privada (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 8-9).

- 55 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Individualismo. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 468.
- 56 A fim de excluir uma cobrança e desvio de significado em relação aos direitos humanos e, concomitantemente, manter a relação entre direito e dever, faz-se necessário estabelecer diferentes níveis nesse relacionamento. De fato, direito e dever estão numa complexa relação indissolúvel de correspondência. Enquanto, numa perspectiva moral abrangente, pode-se falar em simetria material, no nível jurídico, essa relação é de assimetria material. Essa assimetria, entretanto, não significa, de forma alguma, a independência positivista do direito em relação ao dever, mas surge como consequência de uma reivindicação normativa do Estado democrático, visando à proteção da dignidade humana, a fim de respeitar e proteger a liberdade individual de cada um. Apoiar o Estado de direito assim entendido é, por isso mesmo, o primeiro dever moral e político de cada cidadã e cidadão (BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 93-94 e 200).
- 57 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. *In*: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 116-117.
- 58 FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 103 e 109.
- 59 BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 61.
- 60 FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 110-111.
- 61 Representa essa a base de justificação moral mais apta à consolidação de uma matriz universalista do conceito. Não obstante, poderia perguntar até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade, são considerados atentórios à dignidade humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Decorre que a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui essa dignidade, critérios que variam conforme o local e a época (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: parte II. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 223).
- 62 BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 72-73.
- 63 Para nós, esse é o único caminho para uma nova cultura dos direitos que atualize o princípio de esperança inerente a toda ação humana consciente do mundo em que vive e da posição que nele ocupa (FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 114 e 117).

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e direitos humanos: aporias preliminares*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BIGNOTTO, Newton. *O totalitarismo hoje?* In: AGUIAR, Odílio Alves (Org.). **Origens do totalitarismo: 50 anos depois**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

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

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, 2011.

_____. Individualismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

_____. Para além do individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. Positivização e efetividade dos direitos humanos. **Estudos jurídicos**, São Leopoldo, Unisinos, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 dez. 1968. seção 1, p. 10801.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: IEA-USP, 1997.

CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KERSHAW, Ian. **Hitler: um perfil de poder**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história da subjetividade. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: parte I. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAYLOR, Charles. Conditions of a unforced consensus on human rights. *In*: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul, MN: Paragon House, 2001.

Artigo recebido em: 4-7-2012

Aprovado em: 4-12-2013

Suélen Farenzena

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) (Menção Cum Laude - 2013); professora universitária; advogada.

Rua Benjamin Constant, 399/202. Centro. Veranópolis - RS. CEP 95.330-000.
E-mail: suellenfarenzena@yahoo.com.br

