

TODOS OS NOMES¹ E UM SÓ SENTIDO: A APROXIMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TENDO EM VISTA SUA EFETIVAÇÃO PRÁTICA

Melina Girardi Fachin²

RESUMO

O descompasso hodierno existente entre a teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais – espelhada em diversas declarações internacionais e na maioria das cartas constitucionais contemporâneas – e sua prática, ou melhor, a ausência dela – escancarada nas condições de vida da população – revela a insuficiência da dogmática positivista, incapaz de responder às demandas sociais. Diante dessa crise, faz-se imperiosa uma outra concepção dos direitos humanos e dos fundamentais que responda justa e democraticamente às necessidades da comunidade a qual se aplica. Para tanto tem lugar, uma reflexão que comprometa o discurso jurídico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais com a sua efetivação. É neste contexto que se pode refletir acerca da aproximação dessas categorias, ciente de suas peculiaridades, com o escopo e a finalidade da afirmação prática desses direitos que nos leve a possibilidades teóricas mais justas e afinadas com a realidade social.

ABSTRACT

The current irregularity there is between the theory of the human rights and the fundamental (constitucional) rights – reflected in several international statements and in most of the contemporaneous constitutions- and its usage, or better, its usage absence- wide open in the life conditions of the people- shows

¹ SARAMAGO, J. *Todos os nomes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

² Graduada em Direito pela UFPR. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional da UFPR.

the insufficiency of the positivist dogmatism, unable to answer to the social demands. Before this crisis, it is utterly necessary another conception of the human rights and the basic ones, which answers fairly and democratically to the community needs, to which it is applied. So that, a reflection that implies a juridical speech about the human rights and the basic ones with its affectivity takes place. It is in this context that one can ponder about the approaching of such categories, aware of their peculiarities, with the scope of the practical affirmation of those rights that takes us to fairer and more connected with the social reality theoretical possibilities.

Palavras-chave: direitos humanos – direitos fundamentais – aproximação.

Key words: human rights – fundamental (constitucional) rights – approach.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade contemporânea³ do real, sobretudo no que tange à seara dos direitos humanos⁴, revelou a incapacidade, ao menos no plano prático, da teoria jurídica tradicional de responder às demandas sociais que ecoam nas vozes das classes menos favorecidas, alijadas do processo de desenvolvimento.

O direito como objeto da ciência jurídica centrada no positivismo

³ O conturbado início do novo milênio mostra-se coerente com as lições advindas do século XX consoante demonstra Eric Hobsbawn. A reflexão histórica “(...) não pode nos dizer como a humanidade pode resolver os problemas que enfrenta no fim do milênio. Talvez possa ajudar-nos a concluir quais são esses problemas, e quais devem ser as condições para a sua solução (...). Não sabemos para onde estamos indo. Só sabemos que a história nos trouxe até este ponto e porquê. Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança da sociedade, é a escuridão.” (HOBSBAWN, E. *Era dos extremos*. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 562).

⁴ Paulo Bonavides bem esboça este enredamento: “Globalização serve de um Capitalismo de opressão que degrada e corrompe a natureza humana, ela esmaga a personalidade, conculca as franquias do cidadão, nega a soberania, anula a identidade dos povos. Globalização que criou um falso mundo sem alternativas para a liberdade, porque a liberdade nunca teve alternativa. É neste final de século uma tragédia para os direitos humanos.” (BONAVIDES, P. Os direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, G. S. *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172).

jurídico de matriz kelseniana, foi reduzido à gramática do seu significado sintático e semântico, articulado no enunciado de suas normas, as quais, nesta perspectiva, significavam todo o direito. Para além do elemento normativo não haveria direito, reducionismo cuja gravidade se intensifica no campo dos direitos humanos e fundamentais.

Contemporaneamente, o descompasso existente entre a teoria dos direitos humanos – positivada em declarações internacionais e reafirmada na maioria das cartas constitucionais hodiernas – e sua prática, ou melhor, a ausência dela – escancarada nas duras condições de vida dos brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza⁵ – revela a insuficiência da dogmática positivista que se mostra incapaz de responder às demandas postas ao direito.

Diante deste quadro, faz-se imperiosa uma outra teoria dos direitos humanos e fundamentais que responda justa e democraticamente às demandas da comunidade a qual se aplica, isto é, que comprometa o discurso jurídico dos direitos humanos e fundamentais à sua efetivação.

Para tanto, o artigo equilibra-se em uma base dual, a qual, ao seu turno, se assenta em diversos alicerces com objetivo de melhor explorar a temática

Em um primeiro momento analisaremos as possibilidade de aproximação das categorias *direitos humanos* e *direitos fundamentais*. Cientes de suas especificidades, tais categorias podem ser achegadas, em determinadas circunstâncias, a fim de evitar obstáculos à efetivação desses direitos.

Na segunda parte, a partir desta mudança de referencial, é dedicada à desconstrução⁶ da teoria jurídica dos direitos humanos e fundamentais para então reconstruí-la em bases comprometidas com a justiça material e a

⁵ Em 1990, os 10% mais ricos detêm 49,7% da renda nacional e os 5% mais ricos, 35,5%. PNAD, 1990. Segundo a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) o Brasil é o país no qual o número de pobres e indigentes é superior à média dos países da América Latina. Segundo o PNUD, entre 1980 e 1990, 47% da população estava em situação de pobreza absoluta, sendo a proporção de 73% urbano e 38% rural.

⁶ “The fact that law is deconstructible is no bad news. (...) Deconstruction is justice. (...) deconstruction takes place in the interval that separates the undeconstructibility of justice from the deconstructibility of *droit* (authority, legitimacy, and so on).” (DERRIDA, J. Force of law. *Cardozo Law Review*, v. 11, p. 943-944, jul./aug. 1990).

democracia.

O direito não pode furtar-se do compromisso prático de celebração dos direitos humanos e fundamentais, essenciais a uma existência minimamente digna, ainda desconhecida por uma expressiva população do globo.

2 TODOS OS NOMES⁷ E UM SÓ SENTIDO(?): EM BUSCA DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS

A precisão da noção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é tema que emerge na atualidade com mais ênfase especialmente após a formação, intensificação e consolidação⁸ da proteção, no plano internacional e reflexamente no plano interno, destes direitos.

De acordo com José Afonso da Silva⁹ a busca de uma conceituação lacônica e abocada dessas suas categorias torna-se abstrusa levando em consideração a conjuntura plural e multifuncional na qual estão mergulhadas. Segundo o autor, com o desenrolar histórico cotidiano, esta dificuldade cresce paulatinamente já que a própria nomenclatura não mais responde a um comando unitário, uma vez que se refere a *direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem* entre diversos outros.

Para Sylvia Helena Steiner Malheiros, a partição doutrinária entre direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais é desnecessária já que revolve apenas acerca de aspectos terminológicos. Segundo a autora, a presente dicotomia possui raízes históricas bem delimitadas: "a idéia da universalidade dos direitos humanos surgiu quando reconhecida expressamente na declaração francesa de 1789. Ao contrário da declaração americana, que ganhava em concretude dos direitos apontados e perdia em abrangência, a declaração francesa tinha por destinatário o ser humano. Era

⁷ A narrativa literária em sua interlocução com o fenômeno jurídico rompe com o discurso hermético do direito, desvelando o necessário nó político-ético subjacente ao discurso jurídico. No que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais, as tramas que lá se tecem podem ser mais bem trabalhadas em interlocução com a narrativa literária, pois, mais complexa, atenta e aberta aos antagonismos e paradoxos constitutivos dessa seara.

⁸ Em que pese o sistema estar em constante evolução.

⁹ SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 175.

mais abstrata em seus princípios, porém mais abrangente".¹⁰

A partir desta ordem de idéias a nota distintiva entre as duas categorias aqui tratadas repousa no binômio abstração/abrangência. Isto bem demonstra a importância do esclarecimento desta zona nebulosa formada uma vez que não se reduz a mero preciosismo conceitualista, possuindo conseqüências relevantes no plano prático.

Em geral, a doutrina distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais tendo em consideração o alcance geográfico destes. Ou seja, a expressão *direitos humanos* é geralmente inserida no plano internacional, e *direitos fundamentais* é terminologia predileta no plano constitucional interno. Por sua vez, o emprego da locução *direitos do homem*¹¹ suscita, quiçá, menos indagações, uma vez que é refutada tomando em consideração sua base jusnaturalista. Para Bobbio "direitos do homem é uma expressão muito vaga"¹².

Neste sentido, esclarece o Ingo Sarlet:

Cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões direitos do homem (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (...) A utilização da expressão 'direitos do homem', de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, procedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada como uma pré-história dos direitos fundamentais.¹³

Para Antonio Enrique Perez Luño a idéia dos direitos fundamentais destinados aos cidadãos de determinado Estado e dos direitos humanos dedicados a todos os homens sem distinção é inaceitável.

Deste modo, buscando uma diferenciação mais nítida, o Professor

¹⁰ MALHEIROS, S. H. S. A universalidade dos direitos humanos. *Revista do IBCCRIM*, São Paulo, n. 10, p. 144.

¹¹ Não obstante a raiz marcadamente jusnaturalista, a expressão "direitos do homem" é amplamente empregada no cenário internacional, *e.g.*, Declaração dos Direitos do Homem de 1948, o Instituto Internacional dos Direitos do Homem, fundado por René Cassin, situado em Strasbourg, entre outros.

¹² BOBBIO, N. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 17.

¹³ SARLET, I. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 32.

espanhol baseia a nota distintiva entre estas duas categorias no *grau de concreção positiva* que elas apresentam. Assim aduz:

*El termino 'derechos humanos' aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los 'derechos fundamentales'. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte dos casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.*¹⁴

Indo mais além, Perez Luño vincula a discussão em tela sob o enfoque da intensidade de imbricação entre os campos em debate e as necessidades humanas essenciais:

*Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenciones internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos limitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.*¹⁵

¹⁴ “O termo *direitos humanos* aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção dos *direitos fundamentais*. Os direitos humanos podem ser compreendidos como um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Tanto que com a noção de direitos fundamentais tende aludir a aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normatividade constitucional, e gozam de uma tutela reforçada”. (Tradução Livre) PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 46-47.

¹⁵ “Os direitos humanos combinam, ao seu significado descritivo daqueles direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais, uma conotação prescriptiva ou deontológica, ao abarcar também aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que devendo ser objeto de positivação não o foram. Os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, já que tão somente descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo. Se trata sempre, portanto, de direitos limitados espacial e temporalmente, cuja denominação responde a seu caráter básico ou fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito”. (Tradução Livre) *Ibidem, loc. cit.*

Como forma de superar tais dificuldades alguns autores¹⁶ adotaram o uso da fórmula *direitos humanos e fundamentais*. Conquanto esta denominação não espere as diferenças inexoráveis entre as duas castas, aproxima-as sublinhando, sobretudo, a *fundamentalidade em sentido material*¹⁷ desses direitos.

O que fica claro é que, não obstante as inúmeras semelhanças entre ambas, há distinções entre os dois grupos não sendo estes reflexos recíprocos ou meros sinônimos. Consoante lição de K. Stern:

A falta de identidade entre o rol dos direitos humanos e o catálogo constitucional é, de certa forma, inevitável. Neste sentido há que frisar que nem todos os direitos constitucionais podem ser exercitados por qualquer pessoa, já que alguns direitos fundamentais se referem tão-somente aos cidadãos de determinado Estado.(...) Em contrapartida, os direitos humanos são atribuídos a qualquer um e não apenas aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual são também denominados de direitos de todos.¹⁸

Entretanto, em que pese as especificidades experienciadas em tais formulações, estas dimensões são inequivocamente próximas e seus sentidos podem se somar, formando um corpo harmônico em busca de um desígnio comum que é a efetiva proteção da pessoa humana. Portanto, “não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas”¹⁹.

Destarte, há uma proximidade²⁰ cada vez maior destas duas espécies tendo como fito a proteção efetiva da pessoa humana. Justamente por esta razão, reconhecendo e afirmando as particularidades existentes, faz-se necessário o acostamento das categorias comumente cognominadas *direitos humanos e direitos fundamentais*.

Todos os nomes reunidos não são maiores que os sujeitos por eles

¹⁶ Destacam-se neste elenco primeiramente o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e mais recentemente o Professor Alexandre de Moraes.

¹⁷ Expressão utilizada pelo Professor Ingo Sarlet à página 33 de sua obra antes citada.

¹⁸ STERN, K. In: HBStR V, p. 35. *Apud*: SARLET, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

²⁰ Este processo de aproximação e coesão vem sendo designado por parte da doutrina de direito constitucional internacional. Nesse sentido ver: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997; PIOVESAN, F. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

designados. O esgrimir conceitos, ainda que seja teoricamente relevante, não pode nem deve obstar a realização dos fins a que os mecanismos protetivos se preispõem.

A implementação desses direitos já encontra em sua prática habitual diversos óbices a serem superados de modo que a bipartição conceitual parece-nos apenas mais uma barreira na via de implementação prática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Tendo a devida advertência sido feita, prosseguir-se-á na análise de uma *outra* teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que os comprometam com sua prática efetiva.

3 EM BUSCA DE UMA *OUTRA* CONCEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Consoante o que a dificuldade de denominação espelha é impossível buscar na teoria dos direitos fundamentais um conceito uno que abarque todas as suas particularidades e sentidos. Todavia, isto não se coloca como problema dado que conceitos *a priori* geralmente acabam por engessar determinadas categorias e sua interlocução com a realidade.

Sem embargo, é a proximidade com os fatos sociais que dá alcance à força construtiva que nasce e se desenvolve na edificação histórico-cultural das expressões.

A historicidade do(s) direito(s) é inegável. Com o evoluir do tempo as idéias e o próprio(s) direito(s) vão se desenvolvendo, de acordo com os movimentos sociais. Assim sendo, é fundamental que o contexto espaço-temporal seja levado em conta, não sob um aspecto meramente cronológico, mas também crítico desse desenvolvimento.

Os direitos fundamentais não fogem à regra, pois, só tem sentido dentro de certos padrões conjunturais. Como tal, os direitos fundamentais nascem com a modernidade, influenciados pelo iluminismo e pelos pensamentos racionalista e contratualista que são a base ideológica da revolução burguesa. São, portanto, o produto do pensamento liberal-burguês

do século XVIII, segundo lição de Norberto Bobbio: "Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas".²¹

A utilização da expressão direitos fundamentais remonta à época da Revolução Francesa, cujo marco é a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

É justamente a partir do final do século XVIII que começam a florescer no horizonte internacional as primeiras declarações de direitos, a exemplo da *Bill of Rights*, datada de 1776.²²

A partir desta construção histórica, Perez Luño busca um conceito aproximativo desses direitos quando afirma que: "*Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del estado de derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos*"²³.

Tendo em vista este movimento dialético de evolução e desenvolvimento das noções que permeiam as idéias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que, teoricamente, convencionou-se pensar os direitos por meio de gerações.

Deste modo, a dita primeira geração de direitos possui cunho individualista, erigindo-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. São precisamente por isso direitos de defesa, circunscrevendo uma zona de não-intervenção do Estado, atuação negativa, e uma esfera máxima de liberdade individual em face da soberania estatal. Adquirem especial destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Não se logrou, porém, com o uso desta fórmula, a consagração prática

²¹ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

²² Existem, entretanto, declarações anteriores que possuem especial relevância, v.g., a *Magna Charta* de 1215 e os tratados de paz de Augsburg e Westfalia de 1555 e 1648 respectivamente.

²³ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 45.

desses direitos para grande parte da população, então, a responsabilidade pela sua concretização, e conseqüente realização da justiça social, passa às mãos do Estado.

A reação aos limites dos direitos de cunho individualista e a necessidade de sua complementação marcam a transição de Estado Liberal ao Estado Social que consagrará a passagem da dita primeira à segunda geração de direitos.

A peculiaridade destes direitos repousa em sua dimensão de atuação estatal positiva uma vez que, nas palavras de Celso Lafer, tratam de propiciar um "direito de participar do bem-estar social"²⁴. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Arremata Paulo Bonavides, ao afiançar que “estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram 'abraçados ao princípio da igualdade', entendida esta num sentido material”.

Contemporaneamente o redimensionamento das relações inter-humanas, do homem com a natureza e as relações do homem com o seu meio incitam o (re)aparecimento de direitos que, em todo caso, adquiriram uma nova forma.

Os direitos da terceira dimensão - também denominados de direitos de fraternidade e de solidariedade – são singulares vez que seu pólo subjetivo desprende-se, em princípio, da figura do indivíduo, destinando-se à proteção de coletividades.²⁵

Ainda, parcela da doutrina, capitaneada pelo Professor Paulo Bonavides, faz menção a uma quarta geração de direitos que surgem como resposta à globalização dos direitos fundamentais²⁶. Segundo o Professor, os

²⁴ LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 127.

²⁵ Para Antonio Pérez Luño estes direitos são resposta à “poluição das liberdades”, que marca a erosão e degradação sofrida pelos direitos humanos e fundamentais, sobretudo com o uso de novas tecnologias. (*ibidem*, p. 41)

²⁶ “O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. (...) Globalizar direitos fundamentais equívale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um

direitos componentes desta dimensão “compendiam o futuro da cidadania e o porvir das liberdades de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”²⁷.²⁸

Há, contudo, de se ter cautela ao tratar dos direitos humanos e fundamentais segmentados em dimensões²⁹. Neste contexto é que Ingo Sarlet refere-se à *fantasia das chamadas gerações de direitos*, pois, “além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente expansão, cumulação e fortalecimento”³⁰.

Em nosso modo de ver, tem efetiva razão de ser a crítica aí levada a efeito. Os direitos humanos e fundamentais realmente apenas podem ser apreendidos em uma perspectiva complementar da qual a idéia geracional não dá conta. Há de se (re)pensar a maneira pela qual a teoria constitucional tradicionalmente mirou estes direitos. Há ainda um grande caminho a ser

conceito que, de outro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.” (BONAVIDES. *Curso de direito ...*, p. 524). Entretanto, para parcela da doutrina o processo de globalização dos direitos humanos não traz consigo benesses, conforme lição: “El paso a un capitalismo global apunta a agravar el cuadro de esta crisis de los derechos humanos. Crisis entendida de varias maneras: primero, de ausencia de derechos para la mayoría de la población mundial; segundo, de los movimientos de derechos humanos que se enfrentan hoy en día, en su lucha por el derecho a la vida, a un poder de exclusión total, invisibilizado (ley Del valor) y protegido por la legislación; crisis de la institución llamada derechos humanos por eso mismo, por haberse convertido en institución, y ser vaciada de contenido por el uso del poder mundial que legitima políticas imperiales de muerte e intervención en su nombre; y finalmente crisis de la institución llamada derechos humanos por la emergencia del pensamiento cínico para el cual el derecho a la vida no es universal y por ende ningún otro derecho humano.” (GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 174-175).

²⁷ BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 526.

²⁸ (BONAVIDES, P. *Curso de direito ...*, p. 517). Anota-se, neste ponto, que há quem já fale em direitos de 5ª dimensão, a exemplo de Gustavo Zagrebelsky. Para este autor nesta categoria trata-se da universalização de certos direitos como o direito à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social, direitos que seriam associados a uma idéia de um constitucionalismo global, de uma cidadania mundial.

²⁹ Dirime, o professor Paulo Bonavides, o que o mesmo denominou de *equivoco de linguagem*: “o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.” (*ibidem*, p. 525).

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

percorrido quanto à implementação dos direitos mais básicos – ditos de primeira geração – haja vista que 800 milhões de pessoas no mundo de hoje passam fome.³¹ Um passo adiante impende ser dado.

No sentido de superação desta clássica visão, fala-se, hodiernamente, na *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais.³² A partir do pensamento de Georg Jellinek são vislumbradas quatro diferentes situações jurídicas do indivíduo *vis a vis* com o Estado: *status subjectiones* (como sujeito de deveres); *status negativus* (esfera individual de não interferência estatal); *status civitatis* (necessidade da atuação estatal); e, por fim, *status activus* (possibilidade de participação ativa na formação da vontade estatal).

Complementa o Professor Joaquim Herrera Flores ao dizer que “*no hay generaciones de derechos, hay generaciones de problemas que nos obligan a ir adaptando y readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas*”³³.

Ainda, o esforço da sectarização geracional torna-se diminuto frente à multiconectividade dos próprios direitos tendo em vista que estes, de maior ou menor modo, em sua essência, refletem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que será adiante analisado.

Assim, é imperativo pensar os direitos humanos e fundamentais – como o todo plural que estes representam – conectado às noções de dignidade da pessoa humana, democracia e Estado de Direito que lhes servem, independente de qual dimensão se reportem, como escopo e baldrames.

Desta afirmação sublinha-se a íntima relação que os direitos fundamentais guardam, em última análise, com a idéia de democracia e Estado de Direito. Nesta toada, Bobbio reforça a ligação intrínseca que há entre os direitos do homem, o individualismo (neles contido) e a democracia:

³¹ Dado divulgado pela Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), ligada à Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detailhe.jsp?id=9093>. Acesso em: ago. 2005.

³² Nesse sentido ver: CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

³³ “Não há gerações de direitos, há gerações de problemas que nos obrigam a ir adaptando e readaptando nossos anseios e necessidades às novas problemáticas.” (Tradução Livre) FLORES, J. H. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____[coord.]. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000. p. 44.

Da concepção individualista da sociedade nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como faziam os antigos, isto é, como “poder do povo”, e sim como poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.³⁴

Neste sentido, elogiável a carta constitucional de 1988 uma vez que adotou um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais em seu artigo 5º, parágrafo 2º:

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

Assim sendo, os direitos fundamentais possuem fonte constante de oxigenação e diálogo com os ditos direitos humanos, o que lhes permite pluralidade apenas encontrada em Estados de Direito verdadeiramente democráticos. Outrossim, afirma Ingo Sarlet:

o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, par 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.³⁵

Essa é uma aproximação plural que encontra morada na Constituição de 1988 e é também afinada com aquela edificada por Robert Alexy quando afirma:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalmente em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalmente

³⁴ BOBBIO. *A era ...*, p. 119.

³⁵ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 81.

formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição Formal.³⁶

Esse vínculo entre a dimensão material e o norte formal da Constituição se abre para uma compreensão mais ampliada dos direitos objetos dessa análise.

Aportando também dessa idéia (conceito) materialmente aberta de direitos humanos e fundamentais, Joaquim Herrera Flores nos fala da necessidade de uma *nova* perspectiva sobre estes direitos que seja *integradora, crítica e contextualizada*. Esclarece o professor espanhol:

Nova em cuanto el contexto es nuevo: (...) el desafío se radica en defendermos de la avalancha ideológica de un neoliberalismo agresivo y destructor de las conquistas sociales. En los momentos actuales se ce preciso armarse de ideas y de conceptos que nos permitan avanzar en la lucha por la dignidad humana(...).

*Integradora en cuanto que ya no podemos hablar sin rubor de dos clases de derechos humanos: los individuales y los sociales, económicos y culturales(...).*³⁷

É da conexão com a realidade e sua diversidade que se está aqui a referir. Por meio desta inferência, pode-se concluir que não há – nem nunca haverá – um conceito aceitável para abraçar toda a complexidade da temática. Consoante lição do professor português Gomes Canotilho:

Em crise estão muitos 'vocábulos designantes' — 'Constituição', 'Estado', 'Lei', 'Democracia', 'Direitos Humanos', 'Soberania', 'Nação' — que acompanham, desde o início, a viagem do constitucionalismo. Começar o Curso por algumas dessas palavras viajantes significa não só apresentar aos alunos os core terms ('conceitos centrais') da nossa disciplina, mas também confrontá-los com os novos 'arquetipos', os novos 'discursos' e os novos 'mitos' do universo político.³⁸

³⁶ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad.: Ernesto Grazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 407.

³⁷ “Nova enquanto o contexto é novo: (...)o desafio se radica em defendermos da avalanche ideológica de um neoliberalismo agressivo e destrutivo das conquistas sociais. Nos momentos atuais é preciso amar-se de idéias e de conceitos que nos permitam avançar na luta pela dignidade humana.

Integradora enquanto que já não podemos falar sem rubor de duas classes de direitos humanos: individuais e sociais, econômicos e culturais (...)” (Tradução livre).FLORES, *op. cit.*, p. 43 e ss.

³⁸ *Ibidem*, p. 12.

Em que pese a diversidade e complexidade da matéria, há, todavia, a necessidade de um núcleo central conformador de uma identidade mínima destes direitos, pois, para a construção uma teoria que perpassa por todos é necessária amalgama que os una ao redor de um mesmo alicerce e finalidade.

A busca deste denominador comum, ou melhor, de fundamento dos direitos humanos e fundamentais seria, nas palavras de Joaquín Herrera Flores, “*descubrir el proceso a partir del cual nosotros podemos captar la esencia de los mismos; es decir, descubrir el proceso a partir del cuál los seres humanos dotamos de sentido a nuestras exigencias, necesidades y valoraciones más genéricas*”³⁹.

O elemento aglutinador é, neste caso, um fundamento que atrele todos os direitos em questão ao que Robert Alexy convencionou chamar de *nota de fundamentalidade*⁴⁰. Ou seja, em que pese a pluralidade que impera na matéria, todos os direitos humanos e fundamentais são jungidos pela característica de serem fundamentais, em maior ou menor sentido.

Destarte, não obstante os direitos humanos e fundamentais dividirem, em parte, um alicerce comum não há – justamente pela multiplicidade e heterogeneidade acima destacada – um fundamento universal ou absoluto destes.

Conforme afirma Noberto Bobbio a *ilusão do fundamento absoluto* “foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-as diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito mais frágil”⁴¹.

Levando em consideração que, de acordo com o acima exposto, os direitos humanos e fundamentais são categorias que apenas fazem sentido se

³⁹ “Descobrir o processo pelo qual nós podemos captar nossa própria essência, é dizer, descobrir o processo a partir do qual nós, seres humanos, damos sentido a nossas exigências, necessidades e valorações mais genéricas”. (Tradução livre). FLORES, J. H. La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest. In: PRIETO, F.; THEOTÓNIO, V. [directores]. *Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar*. Córdoba: ETEA, 1995. p. 27.

⁴⁰ ALEXY, R. *Apud*: CANOTILHO, *op. cit.*, p. 509.

⁴¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 17.

determinadas histórica e temporalmente, não é logicamente possível atribuir-lhes um fundamento absoluto e puro. É exatamente neste *nó* que se constitui a denominada *teoria impura dos direitos humanos*⁴² que leva em consideração o lugar concreto a partir do qual este conjunto de idéias é pensado.

Todavia, refuta Ingo Sarlet, “não há como desconsiderar a existência de categorias universais⁴³ e consensuais no que diz com a sua

⁴² Expressão cunhada pelo Professor Joaquim Herrera Flores.

⁴³ Acerca dessa idéia universal dos direitos humanos afirma Boaventura de Sousa Santos: “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefacto cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental. O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irreductível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres. Uma vez que todos estes pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, haverá que averiguar as razões pelas quais a universalidade se transformou numa das características marcantes dos direitos humanos. Tudo leva a crer que a universalidade sociológica da questão da universalidade dos direitos humanos se tenha sobreposto à sua universalidade filosófica. A marca ocidental, ou melhor, ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única excepção do direito colectivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos económicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito económico. (...) Em todo o mundo muitos milhares de pessoas e de organizações não-governamentais têm vindo a lutar pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, vitimizados por Estados autoritários e por práticas económicas excludentes ou por práticas políticas e culturais discriminatórias. Os objectivos políticos de tais lutas são emancipatórios e por vezes explícita ou implicitamente anticapitalistas. Isto quer dizer que, paralelamente aos discursos e práticas que fazem dos direitos humanos um localismo globalizado, têm vindo a desenvolver-se discursos e práticas contra-hegemónicas que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geo-estratégicas, avançam propostas de concepções não-ocidentais de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana. À luz destes desenvolvimentos, creio que a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e a prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projecto cosmopolita.”(SANTOS, B. de S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, C. A. [coord.]. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 250-253).

Nesta mesma toada, o Professor Carlos Frederico Marés cunhou a idéia de *universalidade*

fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana⁴⁴. Mesmo estes axiomas, entretanto, apenas podem ser vistos sob as lentes de determinados contextos espaço-temporal.

De acordo com Joaquim Herrera Flores “*los derechos humanos son algo más que dichas declaraciones y pactos. Son el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana*”⁴⁵.

É neste diapasão que se esboça a possibilidade/necessidade de fundamentação alternativa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais situada sobre uma base histórica e dialética.⁴⁶ Consoante sublinha o autor supracitado a importância deste outro baseamento reside em mirar esses direitos como realidades dinâmicas e históricas influenciadas pelo contexto espaço-temporal no qual estão situados. Seriam, assim, uma idéia viva que não pode ser apreendida apenas pelo *locus* textual normativo.⁴⁷

Ciente de que os direitos fundamentais, e por conseqüência os direitos

relativa ou parcial dos direitos humanos. Consoante assevera: “a idéia da universalidade dos direitos humanos continua presente, não apenas na formulação explícita da Declaração de 1946, mas nos textos das diversas Constituições surgidas a partir de então, mas mais ainda do que isto, no fundo do pensamento dos juristas que as interpretam. Estes juristas acreditam existir um conjunto de “conquistas civilizatórias” que integram os princípios normativos, cogentes e imperativos, das Constituições, ainda que não explícitos. Entre estas conquistas estariam, certamente, os direitos humanos. Se tomássemos a liberdade de traduzir as concepções de Las Casas para institutos jurídicos modernos, despidos do direito natural e da teologia, talvez pudéssemos dizer que a universalidade consiste, exatamente, em cada povo construir seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições. Quer dizer não existem direitos humanos universais, mas existe um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos com única limitação de não violar os direitos humanos dos outros povos. A universalidade, assim formulada, está muito longe daquela proposta pela Declaração de 1946 e traduzida juridicamente nas nossas Constituições atuais, porque estas são na verdade princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. (...) O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando desejável e necessário, em Constituições rígidas, após inventar sua própria forma estatal de organização”. (MARÉS, C. F. S. *A universalidade parcial dos direitos humanos*. Este trabalho foi preparado originalmente para um Seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, em outubro de 1994. O trabalho foi publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional “Ciência, cientistas e tolerância”.)

⁴⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁵ “os direitos humanos são algo a mais que tais declarações e pactos. São o conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.” (Tradução livre). *Ibidem*, p. iv.

⁴⁶ FLORES. *La fundamentación ...*, p. 43.

⁴⁷ Para uma maior compreensão do fundamento dialético dos direitos humanos bem como da *historicización* destes ver: ELLACURÍA, I. *Los derechos humanos fundamentales y su limitación legal y política*. San Salvador: UCA, 1969.

humanos, são um construído e não um dado – seja da própria natureza intrínseca do homem, consoante afirma a teoria jusnaturalista, ou seja da ordem normativa, conforme afirmam os positivistas – Perez Luño nos propõe uma visão *alternativa* da teoria dos direitos humanos, a saber:

La tesis iusnaturalista, por su marcada significación idealista y ahistórica; la positivista porque con su agnosticismo axiológico desconoce que los derechos humanos son el resultado de un largo esfuerzo histórico por la liberación humana, así como porque su formalismo le impide comprender que la lucha por los derechos humanos no se culmina con su recepción jurídico-positivista, sino con su plena realización en el seno de las relaciones sociales.

*Frente a estas concepciones, la posición alternativa considera los derechos fundamentales como el producto de las exigencias del hombre histórico, que obedecen a una determinada praxis social, económica y cultural, y que tienen como soporte las relaciones de poder existentes en el seno de la sociedad y como meta la lucha por la emancipación.*⁴⁸

Portanto, mesmo não havendo um conceito fechado determinante dos direitos humanos e fundamentais, ou ainda um fundamento consensual destes, nota-se que todos convergem distintamente à idéia da dignidade da pessoa humana⁴⁹. E tal percepção tem caráter essencial na perspectiva emancipatória

⁴⁸ “A tese jusnaturalista, pela sua marcada significação idealista e ahistórica; a positivista porque com seu agnosticismo axiológico desconhece que os direitos humanos são resultado de um longo esforço histórico pela liberação humana. Assim como porque seu formalismo o impede de compreender que a luta pelos direitos humanos não se culmina com sua recepção jurídico-positivista, senão com sua plena realização no seio das relações sociais. Frente a estas concepções, a posição alternativa considera os direitos fundamentais como o produto das exigências do homem histórico, que obedecem a uma determinada práxis social, econômica e cultural, e que têm como suporte as relações de poder existentes no seio da sociedade e como meta a luta pela emancipação.”(Tradução livre). PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁹ A este respeito postura da Organização das Nações Unidas que ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana também no plano internacional:

A/RES/41/120. 4 December 1986. 97th plenary meeting.

Setting international standards in the field of human rights

The General Assembly,

Recalling the extensive network of international standards in the field of human rights, which it and the United Nations bodies, including the specialized agencies, have established,

Emphasizing the primacy of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in this network,

Reaffirming that effective implementation of these international standards is of fundamental importance,

Recognizing the value of continuing efforts to identify specific areas where further international action is required to develop the existing international legal framework in the field of human rights pursuant to Article 13, paragraph 1 a, of the Charter of the United Nations,

Recognizing also that standard setting should proceed with adequate preparation,

dos mecanismos da instância jurídica, uma vez que não são, em si mesmos, fins que se fecham e sim possibilidades que se abrem para a concretização de direitos, centrados na igualdade, na liberdade, na justiça e no pluralismo.

No *princípio-fundamento* (art. 1º, par. 3º) da dignidade da pessoa humana – que para os efeitos da presente investigação apenas pode ser mirado em sua perspectiva concreta⁵⁰ e relacional⁵¹ – reside, ao nosso ver, o cerne dos direitos materialmente fundamentais já que todos estes respondem,

Emphasizing that the standard setting activities of the United Nations should be as effective and efficient as possible,

1. Calls upon Member States and United Nations bodies to accord priority to the implementation of existing international standards in the field of human rights and urges broad ratification of, or accession to, existing treaties in this field;

2. Urges Member States and United Nations bodies engaged in developing new international human rights standards to give due consideration in this work to the established international legal framework;

3. Reaffirms the important role of the Commission on Human Rights, among other appropriate United Nations bodies, in the development of international instruments in the field of human rights;

4. Invites Member States and United Nations bodies to bear in mind the following guidelines in developing international instruments in the field of human rights; such instruments should, inter alia:

(a) Be consistent with the existing body of international human rights law;

(b) Be of fundamental character and derive from the **inherent dignity** and worth of the human person;

(c) Be sufficiently precise to give rise to identifiable and practicable rights and obligations;

(d) Provide, where appropriate, realistic and effective implementation machinery, including reporting systems;

(e) Attract broad international support;

5. Requests the Secretary-General to provide appropriate specialized support to United Nations bodies working on standard setting in the field of human rights. (grifo nosso)

⁵⁰ A concretude e auto-aplicabilidade da dignidade humana são também sublinhadas pelo cognominado *paradigma da vida concreta de cada sujeito*, enunciado a partir de uma visão diferenciada dos paradigmas jusfilosóficos. Em consonância com esta ordem de idéias, a condição de possibilidade de (co)existência repousa na própria vida. De tal modo, a vida passa da condição de direito fundamental juridicamente reconhecido para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. A vida humana - que, para assim ser compreendida, deve ser impreterivelmente digna - é mirada a partir de seu substrato material (biológico), como experiência palpável que não se limita a um plano metafísico, haja vista sua essência concreta (física e biológica). A partir dessas premissas, como idéia plurívoca, material e aberta é impraticável “reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana”. Assim sendo, as reflexões acerca da dignidade devem ser miradas *in casu* sob pena de recair em mero abstracionismo que inviabilize sua aplicação prática. Para mais nesse sentido ver: DUSSEL, E. *Ética da libertação* - na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

⁵¹ Na esteira desta superação da percepção meramente individualista do princípio de feito kantiano, parcela da doutrina na qual se destaca, neste ponto, Perez Luño e Maihofer, enfatiza o *aspecto comunitário* da dignidade da pessoa humana. Deste modo, a concepção de dignidade da pessoa humana cambia seu foco: não apenas em função do indivíduo singular, mas das relações deste com os demais (*intersubjetiva*). Neste influxo, ver: PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

em maior ou menor grau, à concretização desta.

4 CONCLUSÃO

Desafios e perspectivas se apresentam na travessia do discurso teórico à efetividade prática dos direitos humanos e fundamentais.

Tendo sido singradas as rotas propostas, o trabalho atraca no conjunto das conclusões que emergem das idéias expostas, na procura da aproximação da teoria e da prática desses direitos.

A aproximação das categorias teóricas *direitos humanos* e *direitos fundamentais* encontra na prática, ou melhor, na afirmação prática desses direitos verdadeira razão de ser. Elimina-se, assim, uma das inúmeras barreiras que dificultam a implementação desses direitos e conseqüentemente do princípio da dignidade da pessoa humana – ainda desconhecidos por grande parcela da população do globo.

É apenas através dessa mudança de referencial que podemos compreender um conceito materialmente aberto dos direitos humanos e fundamentais, numa perspectiva integradora, crítica e contextualizada – necessária para o comprometimento desses direitos com a realidade social, seu verdadeiro escopo.

Para além do exposto, espera-se que o trabalho tenha logrado êxito na tarefa de refletir acerca de algumas das problemáticas que a aplicabilidade prática desses direitos, exigindo um crescente aprofundamento crítico, permitindo, assim, desenvolvimento para além deste singelo artigo.

Subscreve-se, assim, lição necessária que bem sintetiza e subsidia as idéias do presente projeto, para seguir em frente:

Para salvar la vida de las mayorías urge liberar los derechos humanos. Liberarlos del formalismo jurídico que no sólo ha mostrado ser funcional al sistema de muerte, sino que desarrolla hoy en día una utopía de ciudadanía del mundo cosmopolita a partir de un imaginário jurídico de derechos humanos como ley planetaria. No se trata de rechazar la juridicidad actual fruto de transcendentales luchas emancipatorias. Se trata de liberarla del utopismo institucional que se ha constituido a partir de ella, y que hoy es instrumento de un poder imperial occidental. Esto significa eliminar la visión

*de los derechos humanos como proyecto de sociedad a construir y legitima cualquier medio para su materialización. Los derechos humanos como juridicidad son recuperables solo con apoyo a las luchas de resistencia de las victimas y no como instrumento de legitimación de ningun orden social o institucional.*⁵²

Finalmente, se este trabalho contribuir para a percepção da problematização de alguns dos inúmeros aspectos que implica o estudo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, terá, então, cumprido seu papel.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, J. T. Dos nós de uma lei e de um mercado que prendem e excluem aos nós de uma justiça que liberta. In: DORA, D. D. *Direito e mudança social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-378.

ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Grazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVELÃS NUNES, J. A. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BANDEIRA DE MELO, C. A. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁵² “Para salvar a vida das maiorias urge libertar os direitos humanos. Libertá-los do formalismo jurídico que não só se mostrou funcional ao sistema de morte, mas que desenvolve hoje em dia uma utopia de cidadania do mundo cosmopolita a partir de um imaginário jurídico de direitos humanos como lei planetária. Não se trata de rechaçar a juridicidade atual fruto de transcendentais lutas emancipatórias. Trata-se de liberá-la do utopismo institucional que se construiu a partir dela, e que hoje é um instrumento do poder imperial ocidental. Isto significa eliminar a visão dos direitos humanos como projeto de sociedade a construir e legitimar quaisquer meios para sua materialização. Os direitos humanos como juridicidade são apenas recuperáveis com o apoio às lutas de resistência das vítimas e não como instrumento de legitimação de nenhuma ordem social ou institucional.” (Tradução livre). (GUTIÉRREZ, G. Globalización y liberación de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000. p. 198).

BONAVIDES, P. Os direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, G. S. *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. *Curso de direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CATTONI, M. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CLÈVE, C. M. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *O direito e os direitos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COMPARATO, F. K. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DERRIDA, J. Force of law. *Cardozo Law Review*, v. 11, p. 943-944, jul./aug. 1990.

DUSSEL, E. *Ética da libertação - na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

ELLACURÍA, I. *Los derechos humanos fundamentales y su limitación legal y política*. San Salvador: UCA, 1969.

FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000.

_____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: _____[coord.]. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000. p. 19-78.

_____. La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest. In: PRIETO, F.; THEOTÓNIO, V. [directores]. *Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar*. Córdoba: ETEA, 1995. p. 23-56.

FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. In: GRAU, E;

GUERRA F., W. [org.]. *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226-248.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUTIÉRREZ, G. Globalización y liberación de los derechos humanos. In:

FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée, 2000. p. 173-200.

HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HINKELAMERT, F. El proceso actual de globalización y los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo*. Bilbao: Desclée, 2000. p. 117-128.

HOBBSAWN, E. *Era dos extremos*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

IBGE. Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 1999 (CD-ROM). Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MALHEIROS, S. H. S. A universalidade dos direitos humanos. *Revista do IBCCRIM*, São Paulo, n. 10.

MARÉS, C. F. S. *A universalidade parcial dos direitos humanos*. In: Seminário organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos. Quito, Equador, out. 1994.

MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: parte geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

ORGANIZAÇÃO PARA A ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA (FAO). Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=9093>. Acesso em: ago. 2005.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____; VIEIRA, R. S. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 355-398.

RIZZATTO NUNES, L. A. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALDANHA, N. Direitos humanos: considerações históricas – Críticas. In:

MELLO, C. D. A.; TORRES, R. L. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

SANTOS, B. de S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In:

BALDI, C. A. [coord.]. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 250-253.

SARAMAGO, J. *Todos os nomes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SENNENT DE FRUTOS, J. A. *Ellacuría y los derechos humanos*. Bilbao: Desclée, 1998.

SILVA, A. M. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, J. A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 93-107, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1992.

TEIXEIRA, M. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.