V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

BELINDA PEREIRA DA CUNHA

LUIS DELIO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Belinda Pereira da Cunha, Luis Delio – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-255-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos humanos. 3. Efetividade. 4. Processos participativos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

O Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu, que teve como tema central "Instituiciones y desarrollo em la hora actual de América Latina" , foi marcado por notável integração acadêmica e científica, para além das fronteiras das Instituições de Ensino Superior, alçando o voo das inter-relações temáticas que assolam todos os ramos do Direito nos países latino-americanos.

O Grupo de Trabalho "Direitos Humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos", sob nossa coordenação, foi brindado com refletidos trabalhos que aprofundaram temas que interessam aos Direitos Humanos e sua fundamentação, como: atuação do Ministério Público Federal no combate ao trabalho escravo; inviolabilidade do direito à vida; lei da anistia brasileira frente ao controle de convencionalidade; valorização dos direitos humanos como instrumento de desenvolvimento das políticas de execução penal; análise democrática de risco na tomada de decisões estatais; Comissão Nacional da Verdade e a institucionalização do Direito à memória; o problema social da corrupção e a fragilização dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito; os desafios interpretativos para garantir os direitos dos povos indígenas e quilombolas; teoria crítica dos direitos humanos (aspectos do casamento de pessoa com deficiência mental); direito à saúde mental no Brasil e no Uruguai; direito internacional e o acesso direto aos tribunais internacionais como direito humano fundamental; direitos da pessoa com deficiência e sua regulamentação no âmbito internacional e no Brasil.

Destaca-se reflexões da ordem da constitucionalidade,o posicionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em relação à presunção de inocência, o recente controle de convencionalidade, interno e externo, com redução de seu controle às normas internas, análise da compatibilidade das normas internas para a convenção dos direitos humanos; Pacto San Jose da Costa Rica, violação das garantias e direitos fundamentais; Lei da Anistia brasileira e sua aplicabilidade; posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à soberania brasileira se sobrepor às normativas da corte interamericana; além do Debate da constitucionalidade, em relação à presunção de inocência.

Também ocupou lugar no debate a valorização dos direitos humanos, diante de relevantes estudos de casos, com vistas à sua importância na extensão normativa dos direitos fundamentais, direitos humanos como um mínimo ético, crítica à universalidade dos direitos humanos, prevalência do indivíduo em relação ao coletivo, perspectiva liberal individualista, sociedade organizada; aspectos da segurança e justiça como valores fundamentais e não contraditórios, com necessidade de aproximação entre o Direito e a Justiça.

Verificou-se também, risco e perigo em Luman, com aspectos da não participação do processo decisório e a consequente sujeição à ordem democrática, como a componente política de escolha, destacada necessidade de participação popular, contrapondo-se que o debate não é aprofundado para comunidades tradicionais, além dos aspectos da linguagem consequencial dos efeitos, e sua dimensão diante da necessária compreensão pela população com interesses atingidos.

A Justiça de transição no Brasil, no Chile e na Argentina, ocupou lugar no debate científico, destacando a dificuldade de definição de uma justiça de transição e da inserção desta política no Brasil, conflitos de interesses, da criação da Comissão Nacional da Verdade, perguntando-se se essa comissão contribui para a justiça de transição, já que o compromisso das pessoas que ali prestam seu depoimento é meramente ético; questionou-se a definição de corrupção e a dimensão com que fragiliza o Estado Democrático de Direito. Chegando-se à utopia dos Direitos Humanos de Galeano.

O direito é otimista, com limites. Os grandes desafios, para efetivação do direito dependem do campo político. A inversão ideológica e teoria crítica dos direitos humanos traz à baila possibilidades jurídicas antes inusitadas para o mundo do Direito, alastrando a concepção de saúde sob o aspecto mundial, para as políticas públicas garantidoras, acima de tudo, desses direitos, que com a legislação pertinente hão de caminhar juntas para sua efetivação. A Declaração de Caracas de 1990, a fase de humanização ainda se ressente no Uruguai e na América Latina, com chances de se beneficiar com as experiências da legislação brasileira, que igualmente põe à prova sua aplicação diante de políticas igualmente não garantidoras no país.

As prerrogativas, no âmbito nacional e internacional, dos países da América Latina, o Tratado internacional dos direitos humanos, visam possibilitar ao indivíduo o acesso ao tribunal internacional, pois obviamente muitos dos direitos fundamentais também são direitos humanos e, nas origens do direito internacional o ser humano era o foco das atenções, rendendo a crítica de que se deixou o indivíduo de lado como se ele fosse objeto do direito e não sujeito do direito.

Encerrou-se os debates com o conhecimento da reflexão aprofundada de professores e pesquisadores de muitas partes do Brasil, com a participação da Universidade de La República do Uruguai na melhor condução dos trabalhos, que se procurou integrar a partir da América do Sul, Brasil – Uruguai e América Latina.

Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha - PPGCJ/PRODEMA/UFPB/BR

Prof. Dr. Luís Délio Machado - UDELAR/UY

A VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DAS POLITICAS DE EXECUÇÃO PENAL

A DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS AS A POLICY OF DEVELOPMENT TOOL OF CRIMINAL ENFORCEMENT

Rauli Gross Junior
Volney Campos dos Santos

Resumo

O trabalho discute os conceitos contemporâneos de diretos humanos através do resgate histórico do sentido que foi construído ao longo de sua formação como categoria fundamental de proteção do indivíduo, destacando sua importância na formação dos sistemas normativos. Analisa-se o fracionamento dos pensamentos relativos aos direitos fundamentais que resultam na relativização de seu significado em decorrência da ausência de rigor científico no uso de conceitos relativos à dignidade humana. Resgata-se o conceito de direitos humanos enquanto instrumento de proteção individual, que tem na vida e na dignidade humana uma garantia que ultrapassa os limites estabelecidos pelo Estado.

Palavras-chave: Direitos humanos, Igualdade, Dignidade humana, Moral

Abstract/Resumen/Résumé

The paper discusses the contemporary concepts of human direct through the historic rescue of the way that has been built over his training as a core category of individual protection, highlighting its importance in the formation of normative systems. Analyzes the fractionation of thoughts concerning the fundamental rights that result in the relativization of its meaning due to the lack of scientific rigor in the use of concepts related to human dignity. Redeems the concept of human rights as a personal protection instrument, which has in life and human dignity a guarantee that exceeds the limits set by the state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Equality, Human dignity, Moral

1. **Introdução**

O presente artigo tem por objetivo discutir os conceitos operacionais e fundamentos utilizados na definição de Direitos Humanos, assim como analisar a sua fragmentação doutrinária, assim entendido o uso aleatório e desregrado dos conceitos que envolvem a matéria, como forma de justificar posicionamentos jurídicos que nada se relacionam com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, mas se apresentam como recurso de retórica político-jurídica.

Ao se discutir a fragmentação dos conceitos também se analisa as principais fontes de formação dos princípios fundamentais que formam a base normativa ou ética dos direitos humanos, assim como a possibilidade ou não de aplicação destes mesmos conceitos de forma universal, como se preceituava na origem quando da sua formação na Revolução Francesa.

A escolha do tema se deve à percepção da existência de múltiplos conceitos que nem sempre estão realmente vinculados a princípios fundamentais, abrindo espaço para um uso distorcido e banalizado dos direitos humanos com a finalidade de criar exceções que autorizem o exercício do poder punitivo do Estado.

Desta forma, o desenvolvimento do trabalho partirá da análise dos conceitos contemporâneos e da consequente relativização, avançando no debate sobre o resgate dos conceitos tradicionais, cujo estudo oportunizará avaliar se o Sistema Penal, na sua configuração atual, não estaria violando os *Direitos humanos* sob o pretexto de que a proteção e a pacificação social somente poderão ser alcançadas com a supressão dos direito individuais em determinados casos, principalmente quando relacionados a pessoas que insistem em violar as normas penalmente impostas, finalizando o debate em relação às fontes legislativas que podem estar vinculadas a grupos políticos que se utilizam de tais preceitos como forma dissimulada de legitimação do poder.

2. **Metodologia**

O presente trabalho de investigação terá como principal fonte de investigação a pesquisa bibliográfica, buscando investigar os conceitos originais dos direitos fundamentais, procurando responder se o direito à liberdade e dignidade humana são direitos absolutos, ou se estes podem ser relativizados pelo Estado quando da aplicação de penas dentro de um sistema punitivo.

Como fonte de pesquisa primária realizar-se-á o levantamento bibliográfico do tema,

tanto no que se refere aos direitos fundamentais quanto ao sistema penal, tomando por base os conceitos criminológicos que darão um caráter científico às discussões e as conclusões que se pretende chegar. Tal levantamento constituirá marco teórico da presente pesquisa e proporcionará o fundamento das discussões acerca da crítica ao conceito de Direitos Humanos.

O método a ser utilizado na fase de investigação será o indutivo e, dependendo do resultado das análises, no relatório da investigação poderá ser empregada a base indutiva e/ou outra que seja a mais indicada. Ademais, serão acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da investigação bibliográfica e do fichamento.

3. **Da relativização dos conceitos contemporâneos**

O estudo das linhas de pensamento acerca dos Direitos Humanos é essencial para a evolução de um sistema jurídico globalizado e com bases filosóficas rígidas, de forma a ampliar o conhecimento nos dias atuais. O conhecimento acerca da matéria encontra-se fragmentado, não havendo harmonia entre as diversas construções teóricas. Faz-se necessário o resgate de conceitos tradicionais que fundamentam a filosofia dos direitos humanos.

Correas (1994, p. 169) entende que para compreensão dos direitos humanos, deve existir uma unidade doutrinária que possibilite analisar a existência de tais direitos como fundamentais para a existência do indivíduo; uma norma que faça parte da própria natureza humana, sendo que a partir dela a pessoa possa viver em sociedade, respeitando-se valores e bens essenciais, tais como, liberdade, igualdade, dignidade e a vida.

Bobbio (apud Nunes, 2010, p. 64) apresenta a seguinte concepção de Direitos humanos – ao demonstrar o caminho de reconhecimento destes direitos – afirmando que "(...) os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais*"*.

No aspecto ontológico os Direitos Humanos devem ser compreendidos como uma categoria de direitos anteriores ao direito positivo, isto porque tem uma alta carga moral, provenientes da ética, as quais sedimentam a produção de normas positivas imprescindíveis ao equilíbrio social, ficando a cargo do Estado às ações de proteção a estes direitos.

Segundo Correas (1994, p. 150):

> "A partir de Suárez y Grocio – afirma – la significación primera del término *ius* se modifica y pasa a referirse a la *"faculdad"* o *"cualidad"* moral que tiene el sujeto

> jurídico, la que se resuelve en definitiva en un poder o una libertad. Este cambio de perspectiva – escribe – puede ser tan drástico como para poner al titular del derecho y a su derecho completamente fuera de las relaciones jurídicas establecidas por la ley (mora o positiva), que fijan el ius en el sentido del Aquinate: aquello que es justo, evidenciando luego cómo Hobbes considera que hay derechos donde no hay ley (en la sociedad política) no hay ya más derechos. Si bien el lenguaje corriente de los derechos – continúa – no ha seguido a Hobbes en este contraste entre ley y derecho, ha aceptado su modo de concebirlos como una libertad o una elección".

Tal conceito nos remete que entre as principais finalidades dos direitos humanos está a preservação do bem comum, o que somente pode ser alcançado se o Estado proteger e fornecer a cada pessoa um mínimo necessário, o que passa obrigatoriamente pela distribuição da justiça.

Comparato (2010, p. 477) ressalta que para alcançar o bem comum num Estado Democrático, às instituições devem se afastar de cresças ou ideologias, devendo desenvolver o espírito de soberania, cidadania, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e garantindo a livre iniciativa, assim como o pluralismo político. Desta forma o Estado será capaz de promover o bem de todos conforme prescreve o art. 3º da Constituição Federal, o qual é ampliado para as relações internacionais no art. 4º da Constituição que declara expressamente a prevalência dos direitos humanos.

Assim, os Direitos humanos devem ser vistos como garantias estabelecidas por princípios morais que justificam a adoção de normas jurídicas inevitáveis para a proteção e para a disciplina da vida social, constituindo na essência e dignificação ética dos seres humanos.

A Constituição Federal brasileira de 1988 no título I, art. 1º assim prescreve:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Portanto a hierarquização do ordenamento jurídico brasileiro tem por fundamento a criação de normas que respeitem a dignidade da pessoa humana, não havendo a possibilidade de relativização por normas infraconstitucionais. Não temos dúvida que o poder constituinte buscou seu fundamentar tal preceito nas conquistas individuais e coletivas alcançadas nos últimos séculos, algo que transcende a organização social baseada única e exclusivamente na força (COMPARATO, 2010, p. 16).

Quando se trata de valores fundamentais da pessoa, devemos compreender que o respeito a tais bens ultrapassa a positivação da norma e o caráter histórico da matéria, pois, o direito a vida, à integridade física e à dignidade fazem parte da própria natureza do indivíduo, não havendo como relativizar tais conceitos.

Segundo Fábio Konder Comparato (2010, p. 20) – "Dignus, na língua latina é adjetivo ligado ao verbo defectivo *decet* (é conveniente, é apropriado) e o substantivo *decor* (decência, decoro). No sentido qualificativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: *dignus laude, dignus supplicio*. O substantivo dignitas, ao contrário, tinha sempre conotação positiva: significa mérito e indicava também cargo honorífico no Estado".

Assim, a definição de dignidade humana pode ser concebida como um direito individual no qual torna todo homem um ser único, e cujo valor ético deve ser respeitado como sendo superior a todos os demais direitos. A Declaração Universal de 1948, das Nações Unidas em seu art. 2º assim dispõem:

> Art. 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Tais garantias são universais e foram conquistas pela humanidade, para evitar à criação de leis que submetam pessoas a tortura, a punição, a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Infelizmente a história recente nos mostra que em determinado momento e dentro de certas circunstâncias nosso Estado de forma autoritária restringiu estas garantias de nosso ordenamento jurídico, porém, isto não implicou na sua revogação, visto que tais direitos não se restringem as normas escritas, fazendo parte de uma conquista universal que o Brasil

ratificou obediência através de pactos e tratados internacionais. Desta forma, verificamos que o Brasil adota a linha garantista de aplicação dos Direitos Humanos, servindo de principio programático para a criação das demais normas infraconstitucionais e que regem a sua aplicação.

Interessante destacarmos a abordagem conceitual do garantismo segundo Ferrajoli, que defende um conceito formal de direitos fundamentais. Ferrajoli (1998) propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural dos direitos fundamentais. Para ele são direitos fundamentais "[...] tutti quei diritti soggetivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire"[1]. Sendo que, compreende por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica e, por status a condição de um sujeito, sendo esta também prevista por uma norma jurídica positiva como pressuposto da idoneidade daquele para ser titular de situações jurídicas e/ou autores dos atos que dele são exercício.

Alguns autores como Brunner, conforme Correas (1994, p. 169), com uma leitura marxista seguindo os teóricos soviéticos, ou o utilitarismo de T.S. Scanlon ao axiologismo de W. Goldschmidt demonstram em seus estudos que foram perdidos os conceitos originais gerando-se uma série de teorias que se dizem fundadas nos Direitos humanos, contudo são antagônicas entre si no que se refere ao respeito de valores fundamentais, muitas vezes defendendo a relativização de um direito em relação a outro, o que é contraditório a gramática dos direitos humanos, que se pretendem universais.

Isto demonstra que a fragmentação do conhecimento sobre os direitos humanos trouxe ao longo dos anos uma variação do próprio conceito do que seriam estes direitos, fazendo com que bandeiras fossem levantadas em sua defesa, mas que nem sempre implicavam no respeito aos valores fundamentais que são a sua base de sustentação.

Tais variações conceituais trouxeram aspectos negativos para a compreensão e evolução dos temas relacionados aos direitos humanos, uma vez que, sendo o ser humano sujeito de relações sociais, não pode haver múltiplas razões tidas como racionais para intervir e garantir a harmonização deste relacionamento.

[1] "[...] todos aqueles direitos que pertencem universalmente a 'todos' os seres humanos, uma vez que tenham o status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa plenamente capaz". Tradução nossa.

A divergência de ideias e conceitos relacionados aos direitos humanos acabam fragmentando ainda mais os conceitos originais, enfraquecendo a existência de um conceito universal único estabelecido a partir da racionalidade, até porque a racionalidade é tratada como um ponto de vista unilateral que acaba por justificar ideologias políticas ou teorias que no fundo nada tem a ver com direitos humanos.

Este trabalho de dispersão doutrinária que ocorreu nas últimas décadas referentes às ideias que fundamentam toda a teoria dos Direitos Humanos, dividiu-se em várias verdades absolutas, distorcendo o conceito original do tema, sustentando modelos normativos, que no fundo são vazios de conteúdo significativo.

4. **Da necessidade de resgatar os conceitos tradicionais**

O conceito tradicional de direitos humanos se fundamenta em princípios que ganharam maior expressão após a Revolução Francesa, princípios que consagraram o individualismo, enaltecendo a autonomia dos sujeitos enquanto indivíduos dotados de direitos, e sobre os quais, nem mesmo o poder político do Estado tinha como interferir (CORREAS, 1994, p. 174).

Trata-se das liberdades públicas, dos direitos de primeira geração (dimensão), dos direitos de defesa. Trata-se da compreensão de que o todo ser humano necessita satisfazer dois interesses fundamentais: de um lado, como indivíduo, busca satisfazer o interesse individuao a uma livre existência; de outro lado, busca satisfazer seu interesse como co-partícipe do consórcio humano, alimentando sua necessidade de um livre desenvolvimento na construção de seu projeto de vida. Segundo Costa Junior (1970, p.24-25):

> Enquanto os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem para a preservação da personalidade dentro da vida pública, na proteção da esfera privada cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior. Estabelece-se, destarte, a diferença entre a esfera individual (proteção à honra) e a esfera privada (proteção contra a indiscrição).

Os direitos sociais são outra categoria de direitos fundamentais que surgem no devir histórico (CORREAS, 1994, p. 174), os quais consistem na obrigação do Estado realizar prestações positivas, e, em certas circunstâncias, subsidiar as carências mais urgentes de

certas classes sociais que estão excluídas, marginalizadas. Implica, pois, para o Estado o dever (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) de criar as condições para que as pessoas possam usufruir do seu direito à liberdade, exigindo-se uma ação dos poderes públicos que se encontram vinculados aos direitos humanos fundamentais.

É exatamente sobre o direito a liberdade que se fundamenta todo o universo axiológico dos direitos humanos, pois, a partir de tal concepção pode-se compreender que o humano é o único ser dotado de vontade, isto é, de capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade dos instintos, ganhando aspecto valorativo e que implica numa garantia absoluta e inalienável a toda pessoa. (NUNES et. al, 2010, pp. 27-28)

Encontram-se também como derivação de direitos fundamentais, os chamados direitos difusos, que constituem em direitos de ordem social, que ultrapassam as pessoas físicas pertencentes a uma referida sociedade; marcados pela característica da indeterminação dos seus titulares, posto que é toda a coletividade.

Fala-se em proteção ao meio ambiente, como exemplo, não podemos apenas considerar a proteção às pessoas, a flora e a fauna, mas devemos considerar a proteção presente e futura do ecossistema para as futuras gerações, pessoas que ainda não existem, mas que pela expectativa de direito e pela abrangência dos bens objeto da norma devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, ao considerar-se a abrangência dos direitos, deve-se buscar a construção de uma base normativa que discipline, em uma constituição, as garantias, os direitos, as obrigações, a organização dos poderes em determinada ordem jurídica. É assim que adquire ressonância a categoria Estado de Direito – cunhada pela doutrina do liberalismo e que visa caracterizar um Estado, contido em estritos limites legais, imbuído do desígnio de resguardar as instituições sem o suporte de um poder arbitrário. (OLIVEIRA, 2001)

É claro que os direitos humanos têm a função de gerar, estabelecer e derivar direitos subjetivos em uma ordem jurídica, todavia, ao serem revestidos do princípio de proteção às aspirações universais, eles apresentam uma fundamentação muito mais ampla, por serem constituídos de princípios morais admitidos pelo próprio direito positivo, ante a incorporação que se realizam destes valores no ordenamento jurídico. Sem incorrer, em uma adesão a uma postura jusnaturalista, pode-se afirmar que o direito só se justifica a partir de sua fundamentação ética e moral.

Desse modo, um preceito legal legitima-se pelo encargo de ser aplicado, não só quando se reportar a um sistema sólido de normas jurídicas, como ao pertencer a um sistema considerado moralmente válido, sendo essa validade axiológica uma das condições

elementares da eficácia jurídica da norma. Ocorre que no direito contemporâneo existe uma inclinação dos conceitos de normas jurídicas tidas como fundamentais se dedicarem a causas políticas, o que é contraditório com a sua finalidade, que seria a defesa de bens fundamentais desvinculadas a ideologias.

Isto tende a desvalorizar e a degradar o conceito de direitos humanos, uma vez que a própria sociedade assiste passivamente tais garantias servirem de base à defesa de causas que muitas vezes são contraditórias a estes mesmos direitos. Analisando-se uma sociedade, verificamos que ao mesmo tempo em que se defende o *direito a vida dos animais*, por outro lado esta mesma sociedade aceita o direito ao aborto, que atenta contra o direito à vida. Não existe uma coerência lógica neste sistema, o que acarreta uma relativização dos conceitos. (CORREIAS, 1994, p. 175).

A versão contemporânea de direitos humanos é uma concepção lançada em 1948 com a Declaração Universal de Direitos humanos, a qual consagrou a universalidade de todas as pessoas independentemente da classe social, religião, ideologia política, entre outros fatores, isto porque o único requisito necessário para o seu pleno exercício é a condição de pessoa, de ser humano (BOITEUK, et. al., 2010, p. 64).

Entre os desafios contemporâneos está a necessidade de ampliar a visão normativa em relação aos conceitos tradicionais dos direitos humanos, pois, estes decorrem de conquistas que visam garantir a dignidade humana, dentro de uma concepção universal. Porém existem importantes questões a serem superadas para tal compreensão e uniformização de pensamentos, entre as quais destacam-se: a análise das fontes de tais direitos, ou seja, são meramente normativas, ou, são exclusivamente de caráter ético, pois, se considerar-se esta última hipótese deve-se, também analisar a possibilidade de existência de um padrão ético universal.

Tais questionamentos estão entre as principais barreiras a serem superadas, pois, a universalidade de tais garantias somente será alcançada a partir de sua aplicação a todas as sociedades independentemente da cultura local (BOITEUK, et. al., 2010, p. 65). Um dos principais fatores de fragmentação do conceito de direitos humanos ocorre exatamente por causa desta universalidade de fontes, nas quais cada cultura local adota preceitos éticos como fontes dos direitos humanos fundamentais.

5. Das penas restritivas de liberdade e a violação dos direitos humanos

Pode-se utilizar, como exemplo desta fragmentação, os conceitos adotados como medidas punitivas nos sistemas penais contemporâneos, sendo que a pena de prisão como principal representante deste sistema é objeto de estudo e questionamento por diversos autores na atualidade, isto porque o modelo de pena contemporâneo deve ir além da função meramente punitiva, sob pena de violar direitos como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, os quais não podem sob hipótese alguma serem relativizados pelo Estado.

A problemática que envolve o tema decorre do fracasso do Estado em gerenciar a sociedade, uma vez que os conflitos que são punidos pelo direito penal no atual sistema, apenas minimizam os efeitos da criminalidade, jamais atingindo as reais causas dos problemas que geram a criminalidade. Analisando-se sobre este enfoque, verifica-se que o Estado pune em regra aqueles que pertencem às camadas economicamente inferiores da sociedade, privilegiando e protegendo os pertencentes às ordens econômicas dominantes (FALCONI, 1998, p. 42).

A principal falha na criação de normas esta exatamente no fato de que as políticas criminais não alcançam os problemas sociais e, em decorrência disso, não conseguem produzir normas socialmente úteis e adequadas as reais necessidades da população. Com a aplicação da pena segundo o atual modelo normativo posto pelo Estado, o apenado não é capaz de ser reinserido no meio social de forma adequada, até porque não se pode inserir um indivíduo que muitas vezes esteve à margem da sociedade.

Nesta linha de pensamento Roxin, utilizando-se dos ensinamentos de Liszt, destaca a dicotomia entre o direito penal e a política criminal, afirmando categoricamente que "[...] nada adianta a solução de um problema jurídico, se está político-criminalmente errado, sendo preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável ao sistema normativo" (ROXIN, 2002, p. 7).

As legislações tornam os juízes meros aplicadores do direito, impedindo-os de atentar a peculiaridade do caso concreto. Isto possibilitaria a aplicação de medidas penais socialmente corretas e úteis, o que afasta a punição dos critérios de justiça, aqui compreendida como "valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica, estabelecendo equilíbrio no conflito de interesses" (MELO, 2000, p. 56).

Isto decorre do fato do direito penal ter se afastado das linhas de pensamento dos direitos humanos, sendo essencial que a evolução de um sistema jurídico tenha bases ético-filosóficas. O conhecimento acerca da matéria encontra-se fragmentada, não havendo

harmonia e unidade no conjunto de pensamentos. Isto faz lembrar a necessidade de resgatar os conceitos tradicionais que fundamentam a filosofia de direitos humanos, para reconstrução de um sistema penal com função de reabilitação e proteção social.

Os direitos humanos devem ser vistos como garantias estabelecidas por princípios morais que justificam a adoção de normas jurídicas inevitáveis para a proteção e para a disciplina da vida social, constituindo na essência e dignificação ética dos seres humanos.

Segundo o jurista Correas (1994, p. 77/78), muitos se utilizam de um aporte utilitarista para justificar a violação dos princípios fundamentais, conforme destacamos:

> Pero más allá de sus muchas limitaciones, la intervención del utilitarismo en la polémica acerca de los derechos humanos ha servido para poner en claro algunos puntos obscuros o conflictivos. Aunque sea sólo a título enunciativo, es necesario destacar: i) la crítica efectuada por el utilitarismo al intuicionismo individualista, poniendo de relieve las debilidades que se siguen de fundar los derechos humanos a partir solamente del individuo, sin ninguna consideración seria – sin "tomarse en serio" – las exigencias de la vida coletiva; ii) la crítica a la pretensión de basar toda la ética en derechos, en las llamadas *right-basead-moralities*, destacando la necesidad de fundarla en alguna concepción del "bien" aun cuando la concepción utilitarista deba ser objeto de serios reparos en ese punto; iii) la impugnación realizada a la que se ha llamado "inflación de los derechos humanos", concretada en "la carrera entre los varios grupos de interés para convertir a sus deseos en derechos, en orden a exigirlos como debidos y colocar a sus oponentes a la defensiva", reclamando una puesta en cuestión crítica de la realidad y alcance de esos múltiples derechos; iv) los cuestionamientos puntuales llevados a cabo por varios utilitaristas acerca del pretendido carácter "absoluto" de muchos de los derechos proclamados más enfáticamente por los autores de raíz individualista.

O que estamos verificando na prática é prevalecer um modelo utilitarista que se apropriou da terminologia, e que claramente vincula-se a ideologias políticas, religiosas ou de poder. Uma definição sintética para utilitarismo é a qual o "bem" se identifica com o "útil", conforme descreve Comparato (2010, p. 456):

> "Esta doutrina se origina com Jeremy Benthan, para quem o gênero humano vive dominado por dois senhores soberanos, a *"dor"* e o *"prazer"*, que nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que sentimos, em tudo o que pensamos. A busca pela felicidade corresponde afastar-se o mais possível da dor e aproximar-se, na mesma medida, do prazer. Esse é o contexto da utilidade, sendo tanto mais útil o que mais nos aproximar do prazer. Aprisionada nesses limites, é uma definição egoísta, embora um conceito aberto, na medida em que se possa sofisticar a ideia de prazer associando-a a objetivos espirituais, como a benevolência (James Mill), ou ao

> progresso da humanidade (John Stuart Mill). Saindo do plano individual para aplicar-se à sociedade, o utilitarismo leva consigo a ideia de que a felicidade coletiva corresponde ao somatório das felicidades individuais. Não há nenhuma preocupação pelas diferenças das pessoas, que são sintetizadas em um standard. E, assim, o planejamento utilitarista se ocupa da padronização dos desejos de todas as pessoas num único sistema coerente de desejos".

Não podemos aceitar este pensamento utilitarista, até porque as diferenças devem ser respeitadas e nem sempre os resultados de aplicação norma tem um efeito imediato de nos afastar da dor ou de nos aproximar do prazer. Certo é que tal posicionamento foi responsável pelo desenvolvimento da cultura associativa nos últimos séculos, e que trás necessariamente consigo um arbitramento moral e ético em relação ao relacionamento entre as pessoas, o que tende a aumentar a desigualdade social e consequentemente à distribuição do direito.

Quando se trata de valores fundamentais do ser humano, deve-se compreender que o respeito a tais bens, ultrapassam a positivação da norma e o caráter histórico da matéria, pois, o direito a vida, a integridade física e a dignidade fazem parte da própria natureza da pessoa, não havendo como relativizar tais conceitos.

A pena de prisão está para o Estado como meio de coerção das classes inferiores, sendo construído um sistema punitivo meramente repressivo que garante a harmonia social frente à desigualdade. Portanto, a legitimidade da pena de prisão não está na garantia da segurança social e na reabilitação do apenado, até porque o atual modelo não proporciona os meios para que isto ocorra, exercendo uma função utilitarista e retributiva de punição. Assim questiona-se: Qual é a verdadeira função do Sistema Penal par que não acarrete a violação dos direitos humanos?

6. **Da relação política dos conceitos**

Verifica-se também, que no processo de legitimação do poder, a legitimidade é sinônima de tolerância, ou seja, a autoridade do Estado deve ser obedecida, porém ela deve respeitar um certo número de prerrogativas das quais o indivíduo não pode nunca abrir mão como pessoa, e por isso não pode haver a relativização de conceitos que formam a base de um sistema normativo, até porque os bens aqui protegidos dizem respeito a valores fundamentais que não podem ter tratamento diferenciado em relação a fronteiras ou ideologias religiosas ou políticas.

Quando se trata de direitos humanos tem-se que entender que não basta apenas garantir o direito a vida, mas garantir que este direito seja exercido de forma plena, com liberdade e dignidade por parte das pessoas. Portanto, vincular-se tais conceitos a ideologias políticas que utilizam como fundamento de suas *causas* a garantia e a defesa de direitos os quais denominam estrategicamente de direitos humanos, torna tais conceitos objeto de debate por parte das correntes opositoras.

Ademais, deve-se compreender que não se pode alcançar uma solução para problemas político-sociais sob a perspectiva exclusivamente dos direitos humanos. Isto porque não existe na realidade um pensamento único a respeito do tema numa sociedade politicamente organizada, ou seja, uma ideia comum sobre a existência de bens fundamentais a que todos devem ter acesso e que o exercício deste direito deve ser garantido, mesmo contra o próprio Estado.

Na teoria tais discursos ideológicos em defesa dos direitos humanos, podem resultar numa ilusão muito atrativa, contudo, o seu alcance prático se torna muito duvidoso, devido à impossibilidade de restabelecer na sociedade o equilíbrio social, até porque a própria sociedade é fragmentada em classes, sendo que a ideologia política tende a dar uma resposta satisfatória sempre à classe dominante em detrimento dos excluídos.

Portanto, não podemos defender direitos erroneamente intitulados como fundamentais, quando suas garantias estejam relacionadas a interesses políticos, servindo apenas como instrumento de dominação de classes. Isto demonstra que é de extrema importância dar solidez e resgatarmos os conceitos tradicionais de direitos humanos, a fim de que não fiquem à mercê de políticos, especialmente quando se considera a perigosa disposição de governantes que criam e vendem a ilusão do bem-estar e da segurança.

A fragilidade de tais conceitos especialmente naqueles países culturalmente subdesenvolvidos dá margem para o desrespeito a direitos consagrados, tornando-se necessário o fortalecimento dos direitos voltados a princípios fundamentais, com o propósito de instituir uma ordem jurídica universal com ideal ético e moral que garanta a todos não só a liberdade, mas o exercício pleno desta.

Ao reconhecer e proteger os direitos humanos, a ciência jurídica revigora o seu sentido humanista e enseja a fixação do seu vínculo com a justiça, exposto a fortes inquietações jurídicas, consoante observa Zaffaroni (1989, p. 35) ao falar da “[...] deslegitimação do sistema penal como exercício do poder" e do postulado que emana da convicção jurídico-penal tradicional, visivelmente inoperante para arrostar *a criminalidade*

subterrânea dos que dispõem do instrumento da impunidade por influência, prestígio ou privilégio nos domínios da autoridade.

Os limites dos direitos humanos necessitam ser precisos, conectados com eficácia prática, concreta, pela força efetiva que eles representam contra qualquer tipo de abuso. Enfim, o respeito aos direitos humanos não deve ser banalizado com o significado de vaga reivindicação moralizante, como bem particularizou Kamenka (1980, pp. 40-41).

Existe obviamente uma tensão entre direitos e valores no seio da sociedade, fazendo com que o poder público através do judiciário tenha que pesar e aplicar a medida adequada para manter o equilíbrio nas instituições no Estado de Direito. Porém, não se pode admitir que o Estado para restabelecer a ordem viole direitos fundamentais, mesmo que em casos específicos, pois, seria desastroso aceitar e dar guarida a golpes que levam à proliferação desordenada e, algumas vezes, até selvagem de certas ações de grupos que só agem no interesse de obter o que lhes for mais favorável, a qualquer preço.

Tal procedimento é muito adotado pelos governos contemporâneos, que enfraquecem a estrutura normativa que tende a não possuir bases sólidas, as quais vão sendo modificadas conforme o interesse momentâneo. Não se pode admitir a violação de *Direitos humanos*, como resposta política para satisfazer a necessidade social, até porque tais direitos fundamentais estão acima de qualquer ideologia política ou religiosa.

Deve-se também compreender que as pessoas que pertencem a uma sociedade representam um universo em si só, e nem sempre possuem autonomia que lhes possibilite desenvolverem-se de forma igual no meio social. A existência humana foi e é construída a partir das desigualdades que existem entre os homens, que pensam, agem e possuem valores morais diferentes.

Assim, um sistema normativo a ser construído ao mesmo tempo em que tem que respeitar as diferenças antropológicas naturais de cada indivíduo, deve considerar que existem bens essenciais e comuns a todos, e que tais direitos devem ser respeitados por ser fundamental a qualidade de vida, não podendo ser relativizados em hipótese alguma.

Portanto ao trabalhar-se com a reformulação e reconstrução de sistemas normativos que respeitem efetivamente os direitos humanos, deve-se antes de tudo, resgatar os conceitos tradicionais e inalteráveis do que seriam estes direitos fundamentais, para que não haja uma relativização de sua interpretação, isto porque ao mesmo tempo em que é necessária a busca pela aplicabilidade de tais normas, deve-se compreender que muitas das teses doutrinárias

contemporâneas não estão habilitadas a descrever racionalmente como devem ser construídos e aplicados tais sistemas.

7. **Conclusões**

Desta forma verifica-se que existe um paradoxo, um conflito de pensamentos doutrinários, que está vinculado a ideologias político-sociais o que afasta o uso racional dos direitos fundamentais. Muitos defendem tais direitos relativizando e modificando os seus conceitos conforme a necessidade político-ideológica do momento.

A reconstrução de um sistema normativo voltado à proteção da pessoa humana deve ter como base a garantia dos direitos humanos, que antes de tudo deve ser redefinido a partir de seus conceitos tradicionais e puros, trazendo em sua essência a proteção da vida e o seu exercício de forma plena, tanto no que diz respeito à liberdade quanto à dignidade.

Os direitos humanos foram reconhecidos em caráter universal para proteção do indivíduo contra o Estado e contra as diversas formas de manifestação do poder dos governantes, e até mesmo entre os próprios governados.. Por isso independente do modelo político do país a construção legislativa deve respeitar o ser humano enquanto cidadão, que não pode ter a sua dignidade e nem mesmo a sua liberdade restringida ou até mesmo suprimida por questões ideológicas.

Muitos se estribam na retórica dos direitos humanos, inclusive se justificam as intervenções de um Estado sobre o outro com o propósito de restabelecer o respeito a tais normas fundamentais, mas pouco se tem discutido no âmbito internacional sobre quais seriam realmente os conceitos destes mesmos direitos e quais os limites de sua interpretação.

É fundamental se entender que os direitos humanos não são apenas ideais morais que podem ser compreendidos no propósito de exigências não determinadas, sem corresponder aos elementos acima numerados: titular, objeto, oposição e norma.

Não se pode aceitar a relativização momentânea e casual das normas fundamentais que tem por objetivo principal o respeito à vida e a dignidade humana, sob pena de criar-se pressupostos ideológicos que irão legitimar a aplicação de mecanismos totalmente contrários a estes mesmos direitos a que visam proteger, o que seria um contrassenso pelo conflito de direitos e princípios, e implicaria na relativização de conceitos para justificar a aplicação de uma norma.

8. **Referências bibliográficas**

BOBBIO, N.. **El Problema del Positivismo Jurídico**, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1965.

BOITEUK, E.A.P.C.; NUNES, R. dos A.F.. **Direitos Humanos: estudos em homenagem ao prof. Fábio Konder Comparato**. Salvador, Editora Jus Podivm, 2010.

CORREA, C. I.M.. **Los Derechos Humanos.** 2. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

COSTA JUNIOR, P. J.. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

FALCONI, R.. **Sistema Presidial: reinserção social?** São Paulo, Editora Ícone, 1998.

FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali. **Teoria política**. II quadrimestre. setembro. 1998. sommario n. 2.

IHERING, R.V.. **A Luta pelo Direito.** Introd. Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro, RG: Líber Juris, 1987.

JACINTHO, J. M.M.. **A Dignidade humana – princípio constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

KAMENKA, E. **Law and Social Control, in Ideas and Ideologies.** London, Arnold, 1980.

LOPES, M. A. R.. **Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima**. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, v. 757, p. 402-411, novembro de 1998.

MELO, O. F. de, **Dicionário de política jurídica.** Florianópolis, Editora OAB do Estado de Santa Catarina, 2000.

OLIVEIRA, E. **A visão global dos Direitos Humanos.** Revista Jurídica Consulex. Ano V, n. 100, março de 2001.

PIRES, A. de C.. **Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas**. Revistas dos Tribunais, v. 749, p. 477-484, março de 1998, São Paulo, SP.

PRADO, A. O. de (Organizador). **Leis Penais Antigas: Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisitores, Lei de Talião**. São Paulo, SP: Paulistanajur, 2004.

RAMOS, J. G. G.. **A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"**. Curitiba, PR: Juruá, 1991.

REALE Júnior, M.. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1983.

RENNA, C. D.. **Aproximación a los Derechos humanos – el rol de la Iglesia Católica.** Santa Fe de la Vera Cruz. 2012.

ROXIN, C.. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2002.

SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAFFARONI, E.R.. **En Busca de las Penas Perdidas,** Buenos Aires, Afa Editores Importadores, 1989.