

NÚCLEO ESSENCIAL DE DIREITOS – UM RESGATE À PLURALIDADE CULTURAL

*Júlia Gabriela Porfida Ferreira**
*Vladmir Oliveira da Silveira**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Direitos humanos e pluralidade cultural; 3 Dignidade da Pessoa Humana como núcleo essencial dos direitos humanos; 3.1 Cidadania – um atributo da Dignidade Humana; 4 Estado Social Democrático de Direito: Cidadania e Direitos Sociais – atributos da dignidade humana; 5 Conclusão; Referências.*

RESUMO: Uma das maiores problemáticas dos direitos humanos é protegê-los, pois a eficácia dos direitos humanos ainda encontra limites sociais, econômicos e principalmente culturais. Propõe-se o *multiculturalismo* como abordagem de sustentação e respeito aos direitos humanos, por intermédio de um processo de legitimação nas fontes culturais de determinada sociedade. Entretanto, para isto fez-se necessário investigar quanto à existência de um direito essencialmente humano que possa ser facilmente reconhecido por qualquer sociedade em qualquer parte do globo. A dignidade da pessoa humana, as gerações de direitos e a cidadania revelam-se como uma tríade nuclear no estudo dos direitos humanos, apresentando aos estudiosos e principalmente aos aplicadores do direito um padrão a ser observado como melhor forma de proteção e respeito dos direitos da humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Dignidade humana; Cidadania e cultura.

HEART OF ESSENTIAL DUTIES - A RESCUE OF CULTURAL PLURALITY

ABSTRACT: One of the major issues of human rights is to protect them, because the effectiveness of human rights still finds social, economic and especially cultural limits. It is proposed the *multiculturalism* as an approach to support and respect human rights, through a process of cultural sources and legitimacy in a society. However, for this it was necessary to investigate the existence of an essentially

* Especialista em Direito Constitucional - Direitos Humanos pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. E-mail:

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Docente permanente e vice-coordenador do Programa de Mestrado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. E-mail:

human right that can be easily recognized by any company anywhere in the world. The dignity of the human person, the generations of rights and citizenship are revealed as a nuclear triad in the study of human rights by submitting to scholars and especially the to applicators a standard right to be seen as the best way to protect and respect the humanity rights.

KEYWORDS: Human rights, Human Dignity, Citizenship and Culture.

NÚCLEO ESENCIAL DE DERECHOS – UN RESCATE A LA PLURALIDAD CULTURAL

RESUMEN: Una de las mayores problemáticas de los derechos humanos es protegerlos, pues la eficacia de los derechos humanos todavía encuentra límites sociales, económicos y principalmente culturales. Se propone el *multiculturalismo* como abordaje de sustentación y respeto a los derechos humanos, a través de un proceso de legitimación en las fuentes culturales de determinada sociedad. Sin embargo, se hace necesario investigar la existencia de un derecho esencialmente humano que pueda ser reconocido por cualquier sociedad en cualquier parte del planeta. La dignidad de la persona humana, las generaciones de derechos y la ciudadanía se revelan como una tríade nuclear en el estudio de los derechos humanos, presentando a los investigadores y, principalmente, a los aplicadores del derecho, un patrón a ser observado como mejor forma de protección y respeto de los derechos de la humanidad.

PALABRAS-CLAVE: Derechos humanos; Dignidad humana; Ciudadanía y cultura.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe uma reflexão sobre a perspectiva cultural dos direitos humanos, haja vista a premente dificuldade de se salvaguardar direitos e ao mesmo tempo respeitar e proteger o patrimônio cultural de diferentes povos. Busca-se a identificação de um núcleo mínimo de direito ou direitos inerentes à condição humana que, transcendendo os costumes e as peculiaridades existentes no seio de cada sociedade, servirá de ponto de partida para proteção e legitimação dos direitos humanos.

Para a desejável proteção dos direitos humanos, inicialmente, é necessário reconhecer que estes encontram barreiras culturais determinadas pela soberania dos povos. Apresenta-se, portanto, um modelo de afirmação dos direitos humanos a ser realizado por um processo de legitimação interno a depender das fontes culturais autênticas de determinada sociedade – o multiculturalismo.

Dentro do modelo multiculturalista dos direitos humanos é importante identificar quais valores devem ser legitimados e, sobretudo, indicar a existência de um valor máximo que independe da construção cultural de cada sociedade por ser inerente à condição humana. Esse valor especialmente por configurar-se como núcleo essencial de direito humano deve ser preservado e respeitado em todo planeta.

Este estudo tem como premissa a existência deste núcleo intangível de direito ou direitos, por isto é oportuno buscar sua compreensão. Na seqüência, poderá se chegar à idéia tangível de dignidade humana, promovendo-se ainda a investigação do que se pode conceber por dignidade humana. Parte-se do entendimento de que a dignidade humana envolve um conjunto de direitos indissociáveis – a dignidade como valor do homem em si mesmo, a cidadania e os direitos civis, políticos, econômicos, difusos, sociais e em especial os culturais.

2 DIREITOS HUMANOS E PLURALIDADE CULTURAL

Primeiramente, é oportuna a diferenciação entre as terminologias: direitos humanos (*lato sensu*) e direitos fundamentais. Segundo Canotilho¹, os direitos humanos, amplamente considerados, são direitos ínsitos à pessoa humana que uma vez inseridos no corpo social passam a sofrer restrições para necessária adequação diante de conflitos de direitos (coexistência de direitos). Ao passo que, direitos fundamentais são os direitos humanos positivamente reconhecidos na ordem constitucional de um Estado, dotados assim não apenas de positividade, mas também de constitucionalidade e fundamentalidade formal e material.

O autor esclarece que a constitucionalização dos direitos humanos garante a proteção dos mesmos em face do legislador ordinário, mediante o controle jurisdicional dos atos normativos reguladores destes direitos. Já a fundamentalidade formal consiste na elevação destes direitos a normas de grau máximo na ordem jurídica, limitadoras do poder de revisão e vinculante para os poderes públicos, enquanto a fundamentalidade material aponta que os direitos humanos são normas estruturantes do Estado e da sociedade, o que por último viabiliza a abertura da ordem jurídica a novos direitos fundamentais².

Posto isto, o reconhecimento de direitos humanos fundamentais³, em uma perspectiva global, passa primeiramente por uma barreira de integração cultural - de identificação e reconhecimento dos direitos ditos pelos relativistas como direitos ocidentalmente concebidos⁴ - para posteriormente alcançar o plano da eficácia e da máxima efetividade. Esta problemática é vivenciada também e principalmente por países como o Brasil que, a despeito de ter afirmado uma gama de direitos humanos em sua Constituição Federal, se destaca pela freqüente violação destes mesmos direitos.

Cumprido observar, neste sentido, o que dizem as principais correntes doutrinárias defensoras dos direitos humanos culturalmente compreendidos – o universalismo e o relativismo. Com efeito, importante esclarecer que os universalistas entendem os direitos

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 369.

² *Ibidem*, p. 354.

humanos como normas absolutas, que constituem uma proteção ao ser humano, não sendo relevante o país em que se vive ou o grau de desenvolvimento da sua sociedade. São direitos justificados no homem enquanto homem. Nesta esteira, Fabio Konder Comparato⁵ explica que “o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização”.

Um importante argumento dos universalistas, atualmente, reside na circunstância engendrada pelos Estados que passaram a reconhecer e ratificar tratados internacionais de direitos humanos. Isto demonstraria que esses Estados admitem o conteúdo universal de tais direitos⁶.

Já os relativistas se contrapõem a idéia de direitos humanos universais por entenderem que estes simbolizam um método de colonialismo moral ocidental⁷. Eles partem da premissa de que os direitos humanos são construídos, e assim não se pode abstrai-los de um contexto cultural, histórico e religioso. Dentro desta perspectiva a imposição da cultura ocidental como modelo de proteção aos direitos humanos representa a destruição da diversidade cultural.

Nesse sentido, o multiculturalismo ou interculturalismo, aproximando as correntes universalistas e relativistas, surge como forma de compatibilização da proteção universal dos direitos humanos e respeito à diversidade cultural, por intermédio da consciência da incompletude cultural dos povos e da propositura de um diálogo intercultural⁸.

A aceitação dos direitos humanos deve ser firmada dentro das fontes culturais do próprio Estado - de dentro para fora e não de fora para dentro. A legitimidade da argumentação em defesa destes direitos deverá estar alicerçada nos preceitos culturais inerentes àquela determinada sociedade.

Pois bem, tomada a idéia de direitos humanos afirmados de acordo com a concepção multicultural, ainda é preciso atentar para o ponto de partida. Isto é, quais os direitos mínimos – representantes de um valor mínimo (ou máximo⁹) - que poderíamos buscar nas fontes culturais das diversas sociedades.

Encontramos uma clara definição de cultura na lição de Miguel Reale¹⁰. Para este autor: “a palavra cultura vincula-se a cada pessoa, indicando o acervo de

³ Aqui entendidos principalmente os direitos positivados nas Constituições dos países após a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

⁴ Os relativistas compõem uma corrente doutrinária que rechaça o caráter absoluto dos direitos humanos, porque primeiramente são valores concebidos pela cultura ocidental, não podendo ser impostos a outras civilizações sem quebra da soberania nacional. GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos direitos humanos: relativismo ou universalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba, PR: Juruá, 2006. p. 62.

⁵ COMPARATO, F. K. Apud. GUIMARÃES, op. cit., p. 62.

⁶ A este respeito, LINDGREN ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo, SP: Perspectiva, 1994.

⁷ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2003. p. 441.

⁸ *Ibidem*, p. 441.

⁹ Boaventura critica a expressão “direitos mínimos” (por não se chegar à definição de quais são os critérios mínimos) defendendo a luta por exigências ou valores máximos.

¹⁰ REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 02.

conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou, mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo”.

O intento é salvaguardar a própria raça humana, por um núcleo rígido absoluto, que prescinde de manifestações culturais ou sociais para ser reconhecido. E aí reside um grande desafio para os estudiosos dos direitos humanos. Qual seria o valor supremo do homem que não poderia ser relativizado em hipótese alguma, e que não fosse construído a partir da formação cultural ou religiosa de apenas um povo?

É ressonante na doutrina ocidental¹¹ a atribuição da dignidade humana como núcleo intangível de direitos que o distingue. Dando seguimento ao estudo será necessária uma breve abordagem sobre este conceito, apenas no intuito de refletir melhor acerca da problemática.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Dignidade do latim dignitas significa “virtude, honraria, consideração, qualidade moral, que possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida”¹². Ocorre que a língua como forma de expressão e comunicação de um povo, pode refletir conceitos dissentes e seria presunçoso de nossa parte (ocidentais), atribuir um conceito universal de dignidade a que toda a humanidade pudesse se submeter¹³. Longe de ideais de unificação e universalização dominadora, a preocupação maior se volta para proteger a raça humana - ainda que de si mesma - de modo a preservar o caráter plural que lhe é inerente.

Ingo Sarlet¹⁴ faz uma abordagem do tema dignidade da pessoa humana, que - embora possa causar certa estranheza aos jusnaturalistas - enriquecerá nossa reflexão. Para ele, ao que parece, há uma distinção entre dignidade como valor absoluto supremo - dignidade como valor intrínseco da condição humana - e dignidade construída pelo valor jurídico normativo que o Estado lhe atribui.

Nesta última versão, a dignidade se mostra um conceito aberto que compreende muitos ou poucos direitos a ela atrelados, conforme a sociedade que a reconhece. Citamos como exemplo sociedades que usam penas corporais, mutilações de órgãos, restrições da liberdade e não consideram tais fatos como um desrespeito à dignidade humana.

Tomam-se aqui as palavras do autor supramencionado¹⁵: “A partir do exposto, assume relevo aspecto que, não obstante seu cunho elementar, não pode ser desconsiderado, qual seja, o de que a dignidade, ainda que não se trate como o espelho no qual todos

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2006. p. 122.

¹² De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, p. 72.

¹³ Atente-se que dignidade é uma expressão aberta.

¹⁴ SARLET, op. cit., p.141.

¹⁵ *Ibidem*, p. 132.

vêm o que desejam, inevitavelmente já está sujeita a uma relativização (de resto comum a todos os conceitos jurídicos) no sentido de que alguém (não importa aqui se o legislador, administrador, ou particular) sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto.”

Adverte-se que a realidade mostra situações-limite em que a dignidade sofrerá juízo de ponderação de interesses, a partir do que o autor toma com certa reserva a assertiva de que a dignidade não se sujeita à relativização. Na esteira de Alexy¹⁶, Sarlet acaba demonstrando a relatividade da dignidade, quando posta em confronto com a dignidade de terceiros.

Em que pese às considerações aqui colocadas – ainda que rapidamente – o mesmo não se furta em reconhecer a existência de um valor inerente a todo homem de forma intangenciável, o que revela que a discussão doutrinária se apega a caracterizações do conceito de dignidade, isto é, do mínimo ou máximo o qual se pode compor.

É neste sentido o pensamento do autor¹⁷, que acreditamos ser relevante transcrever:

[...] ainda que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade pessoal e, nesta linha, até mesmo de eventuais restrições, não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, que justamente – e aqui poder-se-á adotar a conhecida fórmula de inspiração Kantiana – consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio). Da mesma forma, vale lembrar que com isto não se está a sustentar a inviabilidade de impor certas restrições aos direitos fundamentais, ainda que diretamente fundados da proteção da dignidade da pessoa humana, desde que, a evidencia, reste intacto o núcleo em dignidade destes direitos.

A dignidade humana deve ser compreendida a princípio pelo valor único e absoluto do ser humano. Mas resta saber o que compõe propriamente a dignidade humana? Qual o atributo essencialmente humano?

Todos os direitos, por nós conhecidos como fundamentais, foram igualmente reconhecidos em meio a reivindicações e lutas históricas – o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à intimidade, etc. – e todos comportam certo grau de relativização, haja vista que a cada nova geração de direitos humanos, temos novas dimensões dos direitos fundamentais¹⁸.

A dignidade da pessoa humana é um atributo que está em cada direito reconhecido como fundamental. No entanto, não há um dispositivo próprio dentre os incisos do

¹⁶ Apud, SARLET, op. cit., p. 134.

¹⁷ Ibidem, p. 141.

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo, SP: RCS, 2005.

artigo 5 da Constituição Federal de 1988, nem mesmo dentre as cláusulas pétreas do artigo 60, que a sedia. Isto porque, a dignidade humana faz parte do ordenamento como um todo, é princípio de ordem constitucional, e – haja vista sua apresentação como fundamento da República Federativa do Brasil – constitui sustentáculo vinculante que impregna a Carta Magna como um todo, isto é, constitui um princípio estruturante do nosso ordenamento constitucional.

De maneira similar ao sistema constitucional português, o constitucional brasileiro é um “sistema normativo aberto de regras e princípios”, assim, constitui-se num sistema dinâmico de normas dotadas de capacidade para captarem as mudanças da realidade, bem como as alterações nos conceitos de verdade e justiça, que se consubstanciam tanto em princípios quanto em regras¹⁹.

Os princípios, de acordo com os ensinamentos de Canotilho²⁰, se diferenciam das regras por constituírem a razão, o fundamento das regras jurídicas. Os princípios podem apresentar-se em: princípios hermenêuticos – cujo papel desempenhado é de fonte diretiva e interpretativa para os operadores dos direitos, propiciando a revelação de normas não expressas no ordenamento – e princípios jurídicos – “verdadeiras normas jurídicas impositivas de uma otimização compatíveis com vários graus de concretização consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos”.

Ao contrário das regras, os princípios quando conflitantes permitem a adequação e a convivência de seus preceitos pelo “balanceamento de valores e interesses”²¹. O princípio da dignidade da pessoa humana por consubstanciar valor de justiça, direito e fim de uma comunidade, funciona não só como razão das regras jurídicas, mas também como “amálgama” de todo sistema constitucional.²²

Sendo assim, os princípios - num sistema constitucional principialista - constituem, completam e dirigem o próprio sistema. São legitimadores do sistema porque identificam valores como dignidade, liberdade e democracia, que fundamentam a ordem jurídica e possuem o atributo de se justificarem deontologicamente. Também são raízes do sistema, pois comportam padrões sociológicos voltados a pessoas, programas e funções; e por fim direcionam a ação dos feitores e aplicadores do direito possibilitando a concretização das normas (princípios e regras) constitucionais²³.

Vale ressaltar que, princípios estruturantes, como a dignidade da pessoa humana, ganham efetividade e concretude quando encartados em regras específicas que passam a elevar o grau de aferição e aplicação dos mesmos dentro do sistema constitucional²⁴.

Ainda assim, revela-se um caminho difícil a trilhar especificarmos a dignidade como núcleo dos direitos humanos e o que ela compreende. Como já mencionado não há teto para dignidade humana. Civilizações que reconhecem e respeitam um maior número de direitos classificados como direitos humanos terão conceitos de dignidade mais

¹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1085.

²⁰ Ibidem, p. 1087.

²¹ Ibidem, p. 1087.

²² Ibidem, p. 1089.

²³ Ibidem, p. 1089.

²⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **A isonomia de vencimentos na Constituição Brasileira.** Edição especial – direito. Revista APG/PUC – SP. p. 297.

abrangentes que outras. Não há como desconsiderar padrões econômicos e sociais na evolução das sociedades, haja vista a *dinamogenesis* dos direitos. Isso porque os direitos humanos nascem e se modificam obedecendo a um núcleo formado pelo sentimento axiológico da sociedade, o qual a partir de um dado fato se adere a um determinado valor, que, por sua vez, passa a ser normatizado tanto internacional como nacionalmente pelos Estados, com indispensável fundamento na idéia de dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a humanidade, no decorrer de sua história, realça no mundo abstrato dos valores, sentimentos axiológicos desta sociedade que passam a ser incorporados pelo mundo jurídico, ou seja, ocorre o reconhecimento e a consagração de certos valores, para que haja a correspondência entre “direito” e “sociedade”²⁵. No entanto, entende-se que não caberá a afirmativa da relatividade para rechaçar o mínimo existencial pertinente a cada ser.

O direito à vida tem sua característica de direito humano majoritariamente reconhecido – não obstante a existência de diversos ordenamentos jurídicos que prevêem a pena de morte, a permissão do aborto e outras formas de mitigação deste direito.

Todavia, este de nada vale se não atrelado ao direito de exercício da condição humana, que se revela no direito a poder pensar, decidir, escolher, julgar, não porque homem ou mulher, islâmico ou cristão, negro ou branco, mas porque ser humano.

O homem se distingue dos animais por sua quantidade de inteligência. Contudo, é preciso estimular o raciocínio humano. Os regimes totalitários e ditatoriais não foram expressões da barbárie só por terem assassinado milhões de pessoas por razões de intolerância, mas também porque retiraram sua condição mais humana – o raciocínio e a espontaneidade. Aniquilaram toda e qualquer capacidade de reflexão daqueles que caminhavam para morte e daqueles que anuíam com “a causa”.

A idéia de essência humana atrelada à participação do homem na comunidade – embasada no pensamento aristotélico “o Homem como ser político” – é concluída por Hannah Arendt²⁶ ao analisar a condição dos apátridas durante os regimes totalitários que antecederam a segunda guerra mundial. A situação de apátria revelou, segundo a autora, que:

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião (...) mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas de não existirem mais leis para eles.

Arendt²⁷ explica que: “A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião

²⁵ Nesse sentido: tese de doutorado do autor, Vladmir Silveira, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

²⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 329.

²⁷ *Ibidem*, p. 330.

significativa e a ação eficaz.” Assim, atribui à dignidade humana – qualidade essencial de homem – a sua participação na comunidade, concluindo que o único direito propriamente humano é “o direito a ter direitos, que significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões”²⁸.

Em harmonia com o pensamento da autora, firma-se aqui o entendimento que todo homem tem o direito de ter reconhecida sua condição humana em sua plenitude. E para isto, é indispensável atrelar ao conceito de dignidade humana o real exercício da cidadania - a participação efetiva do homem nas escolhas de sua comunidade, na construção da ordem jurídica de seu país.

3.1 CIDADANIA – UM ATRIBUTO DA DIGNIDADE HUMANA

Um Estado deve ser construído pela legitimidade de seus fundamentos. Legitimidade está aferida - com isenção de dogmas, fatores econômicos ou religiosos - na escolha livre que um povo faz ao seu modo de vida e cultura. Aqui não é ignorado o sentido que a cultura dá na formação de uma sociedade – a tradição. Ao contrário, aponta-se que sem poder participar de forma livre da sociedade a que faz parte não há que se falar em legitimidade, ou quando muito em legalidade.

Não pode ser livre a escolha daquele que não compreende o que está escolhendo, nem daquele que em condições de miserabilidade se vê compelido a abdicar de sua livre convicção. Indaga-se, neste sentido, se fosse dado aos dominados escolher a subjugação por livre e espontânea vontade, se eles o fariam? E se assim o fizessem, seria esta legítima?

Devemos refletir se haveria legitimidade na atribuição de determinada norma, quando aqueles que são atingidos diretamente pelo seu conteúdo não participam dela de alguma forma? Ou ainda, se é possível reconhecermos um ordenamento jurídico que fora elaborado por representantes forjados que tiveram sua escolha maculada pela ignorância ou pela indignidade daqueles que os elegeram.

O princípio democrático, como também princípio constitucional estruturante no Brasil, apesar de concreto e não transcendental, consagrado em uma ordem jurídico-constitucional historicamente situada, serve de padrão para se aferir a legitimidade e le-gitimação de uma ordem constitucional positiva. Neste sentido, destaca Canotilho²⁹ que:

averiguar se uma ordem constitucional está <<informada>> pelos princípios do Estado de direito democrático é ou pode ser uma pedra de toque para se concluir, positiva ou negativamente, acerca da sua dignidade de reconhecimento como <<ordem constitucional justa>> como <<Estado de direito>> ou <<Estado de não direito>>, como Estado democrático ou como ditadura.

²⁸ *Ibidem*, p. 330.

²⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1111.

Os sistemas dominadores e imperiais, não podem ser considerados legítimos porque partem da premissa da desigualdade do homem para estabelecer a supremacia de uns sobre os outros. O que de forma alguma se justifica, dada a igualdade humana em essência.

Garantir a igualdade do homem em essência é respeitar a sua desigualdade construída, pois a pluralidade lhe é inerente, à manifestação como ser, de forma a tolerar o diferente na medida em que este também a tolera. O respeito à diversidade se mostra como verdadeira forma de liberdade. Assim, o limite da liberdade resta determinado pela igual liberdade dos demais. Nas expressões de Norberto Bobbio³⁰: “Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão”.

Deste modo, quando por questões culturais, sociais ou econômicas, uma sociedade utiliza da liberdade e desigualdade do homem para sustentar a subjugação e o desrespeito aos demais também seres humanos em essência, retirando-lhes seu atributo mais caro – a real participação na comunidade - ela é intolerante e de igual forma não deve ser tolerada³¹.

4 ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CIDADANIA E DIREITOS SOCIAIS – ATRIBUTOS DA DIGNIDADE HUMANA

Nos padrões aduzidos, o Estado Social Democrático de Direito é o modelo de Estado mais adequado à proteção dos direitos humanos, porque assegura a igualdade política entre os homens no seio da comunidade, na fórmula “*one man one vote*”, e ainda atribui ao Estado e aos administrados a permanente observância dos preceitos constitucionais, principalmente as normas que estabelecem direitos fundamentais.

Dentro do Estado Social Democrático de Direito, os direitos humanos ganham uma perspectiva diferente pela necessidade latente de cumprir efetivamente os direitos declarados pela ordem constitucional.

Marcada pelos direitos sociais³², a democracia econômica e social tem triplo sentido: primeiro, assegurar aos cidadãos os chamados direitos de segunda geração (saúde, educação, cultura, trabalho, habitação etc.); segundo, assegurar a cada um de acordo com suas diferenças a igualdade no gozo destes direitos, impondo um tratamento diferencial àqueles que por condições econômicas, físicas ou sociais, têm o usufruto destes direitos restringidos; e terceiro, a implementação pelo Estado de prestações positivas buscando a igualdade dos cidadãos³³.

Para que o ser humano possa se considerar livre para julgar, agir e participar de forma efetiva de sua sociedade faz-se necessário o preenchimento de determinados

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 2004. p. 217.

³¹ Norberto Bobbio infere que o critério razoável da tolerância é o que deriva da idéia de tolerância “a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio da tolerância, ou mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes”. BOBBIO, op. cit., p. 216.

³² Leia-se o sentido de direitos de segunda geração abrangendo não apenas os direitos sociais, mas também os direitos culturais e econômicos.

³³ CANOTILHO, op. cit., p. 335.

fatores pré-condicionantes, como a saúde, a educação e cultura, e a segurança – fatores estes apregoados em nosso ordenamento jurídico como direitos sociais, econômicos e culturais.

Canotilho³⁴ denomina o princípio da igualdade de dignidade social, porque a norma traduz um comando dirigido ao legislador quanto à criação de “condições sociais que assegurem a igual dignidade social em todos os aspectos”. Os direitos são - inversamente ao que a doutrina das gerações de direitos humanos apregoava³⁵ - pressupostos do real exercício da liberdade, além, é claro, da igualdade. Portanto, ao invés de uma geração anular a anterior, o que de fato ocorre é a soma dos direitos com enfoque na compatibilização necessária.

A distribuição dos direitos humanos em gerações, constituindo direitos de primeira geração os chamados direitos individuais (liberdade e igualdade formal); de segunda geração os direitos sociais, econômicos e culturais (saúde, educação, trabalho); e de terceira geração os direitos difusos (consumidor, meio ambiente, etc.), foi superada na medida em que comportava uma interpretação restritiva e fracionada destes direitos. Na atualidade é ressonante o entendimento dos direitos humanos como direitos interdependentes entre si³⁶. Daí a utilização do termo “dimensões” no lugar de “gerações”, exprimindo a vinculação dos direitos individuais aos direitos sociais e aos direitos difusos, de forma a deixar evidente que a eficácia de um só é possível mediante o outro e vice-versa.

A importância de se tratar as gerações de direitos humanos como dimensões é atribuída por Guerra Filho³⁷ à transformação que sofrem os direitos já existentes diante da integração de novos direitos humanos ao ordenamento jurídico. Cita como exemplo a nova perspectiva dada ao direito de propriedade com o advento dos direitos coletivos e difusos, tais como a função social da propriedade e a proteção do meio ambiente.

Nesta linha, os direitos considerados de segunda geração são entendidos sob o prisma de fusão e transformação dos direitos de primeira geração e assim sucessivamente para cada nova geração de direitos.

Fala-se, por exemplo, na importância do direito econômico fundamental, que antes possuía uma concepção liberal (direito a não intervenção do Estado na Economia diante da livre iniciativa de mercado) e atualmente ganha o status de direito fundamental porque reclama justiça social, isto é, a imprescindível intervenção do Estado para regular a ordem econômica de maneira a atender o *standard* da dignidade da pessoa humana. Deste modo, “o direito ao desenvolvimento, como desdobramento dos Direitos Humanos Econômicos, apresenta-se como uma nova dimensão destes direitos, na qual passarão a ter uma preocupação solidária e global”³⁸.

A tipologia de divisão dos direitos humanos em dimensões acaba por retratar em verdade uma tentativa de elucidar adequadamente o complexo processo de formação

³⁴ Ibidem, p. 336.

³⁵ Noberto Bobbio difundiu a classificação dos direitos humanos em gerações com a obra *A Era dos Direitos*.

³⁶ Neste sentido Perez Luño, Ingo Sarlet, Paulo Bonavides, J. A. Lindgren, entre outros.

³⁷ Guerra Filho, op. cit., p. 37.

³⁸ SILVEIRA, Vladimir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Fundamentos dos direitos humanos econômicos. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Salvador – BA. *Anais...* Salvador, BA: CONPEDI, 2008.

histórica e social dos direitos humanos. O que demonstra mais uma vez que os direitos humanos constituem uma categoria de direito flexível, mutável, aberta³⁹.

A flexibilidade dos direitos fundamentais dificulta a afirmação de um fundamento absoluto destes direitos, uma justificação teleológica destes direitos a salvo de circunstancias histórica, econômicas, sociais, enfim fatores externos à condição humana natural.

Reconhecer esta evidência não significa que os direitos humanos prescindem de uma necessária justificação para sua fundamentação. Ao contrário, em conformidade com a posição de Ingo Sarlet⁴⁰, a fundamentação seja histórica, filosófica, sociológica, jurídico-positiva, política, ou econômica dos direitos humanos é essencial à legitimação e implementação concreta destes direitos pelos Estados e sociedades, ainda que refutada uma fundamentação absoluta.

A classificação dos direitos dimensionais igualmente traduz a imperiosidade de transpassarmos as barreiras nacionais para efetivação dos direitos humanos fundamentais, reunindo empenho, solidariedade e fraternidade entre os diversos povos e Estados, tornando tais direitos cada vez mais universais⁴¹.

Como mencionado alhures, para efetividade dos direitos humanos exige-se uma compreensão complexa dos mesmos. Acredita-se, desta forma, que a base de sustentação dos direitos humanos se encontra justamente na conglomeração dos elementos *democracia* – por intermédio do exercício da cidadania; *direitos sociais, econômicos e culturais* – especialmente a cultura, a saúde e a educação; e *dignidade da pessoa humana*. Sem se esquecer, é claro, que estes direitos são indissociáveis.

Na construção do Estado Social Democrático de Direito o reconhecimento da importância da educação, da saúde e da cultura, é imprescindível. Perez Luño⁴² expressa com exatidão a relação estrita entre estes fatores e a real democracia, em termos que aqui não se poderia deixar de reproduzir literalmente:

De una parte, porque objetivamente existe una correlación inmediata entre libertad y democracia, de un lado, y educación y cultura, de otro. Ya que no puede darse un ejercicio de la libertad y un funcionamiento efectivo de la democracia sin un substrato educativo y cultural que los cimente, pues cualquier forma de progreso político, económico, y social exige, como requisito indispensable, la difusión de la cultura y, con ella, la libertad de conocer y la capacidad para juzgar. A la vez que, en el plano subjetivo, la educación y la cultura suponen prolongaciones de la libertad de ideas y de manifestación del pensamiento y condición sine qua non para o libre desarrollo de la personalidad.

³⁹ SARLET, op. cit., p. 63

⁴⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁴¹ *Ibidem*, p. 65.

⁴² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1993. p. 197.

A existência humana digna é indissociável de uma expressão cultural, igualmente para democracia cultural é essencial à implementação de condições materiais. Esta implementação de pressupostos concretos do direito à cultura e ensino, para Canotilho⁴³, “é condição ineliminável de uma real liberdade de formação de desenvolvimento da personalidade e instrumento indispensável da própria emancipação - progresso social e participação democrática”.

O mínimo existencial, a que poderíamos atribuir a dignidade da pessoa humana se constitui de elementos sem os quais o homem não se distingue dos outros seres animais. Como visto, preencher necessidades que proporcionam a permanência da vida, ou melhor a sobrevivência, não significa exatamente o núcleo da dignidade humana que se proclama nicho intangível dos direitos humanos.

No lastro da reflexão de Hannah Arendt⁴⁴ o paradoxo da perda dos direitos humanos é identificado com o momento em que o ser humano diferente em geral se torna apenas um ser humano em geral, desprovido de profissão, cidadania, opinião, ou ação à qual se identifique e se especifique. Para a autora, o ser humano “representando nada além da sua individualidade absoluta e singular, que privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo seu significado”. Desta maneira, há de se reconhecer que elementos de subsistência, “o pão e a água”, são necessários para manutenção da vida, mas não para vida digna.

Abre-se um paralelo para revelar a importância da participação política no desenvolvimento do homem de forma cíclica. Tomando, como exemplo, a sociedade brasileira - entre nós não subsiste óbice legal a afirmação dos direitos humanos - à evidência da Constituição da República de 1988 -, entretanto, figuramos em índices assustadores de baixa escolaridade, analfabetismo, desigualdade social, corrupção e criminalidade.

Com efeito, salienta-se que a despeito da vasta fundamentação de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, não constituímos uma sociedade ativamente política. A falta de interesse, controle e acompanhamento das atividades dos governantes, por exemplo, dão ensejo a costumeiros desvios de verbas públicas, má aplicação de receitas públicas e desvirtuamento de prioridades. Pode-se dizer que vivemos em uma sociedade que assimilou culturalmente a corrupção e a inversão de valores. Neste sentido, pagamos o preço do constante desrespeito aos ditames da Constituição da República vigente.

Considera-se, por oportuno, que não existe entre os direitos humanos proclamados e reconhecidos pelas nações, direito que não possa sofrer ou vir a sofrer parcela de mitigação estatal. O próprio direito à vida poderá vir a ser mitigado quando contraposto ao direito à morte digna, entre outras possibilidades.

Atualmente, discutem-se os limites do desenvolvimento da biogenética, bem como da bioética. Ao preservar-se a vida ao preço da tortura de manter um paciente terminal vivo será que se está respeitando a dignidade da pessoa humana? Poderá se entender que sim ou que não, dependerá da carga de valores trazidos pelo interlocutor. Como dito, os direitos humanos caminham conforme o desenvolvimento das sociedades, e o

⁴³ CANOTILHO, *op. cit.* p. 337.

⁴⁴ HANNA ARENDT, *op. cit.*, p. 336.

que hoje é considerado imutável ou “inalienável” amanhã poderá não o ser. De igual maneira, os direitos humanos se mostram mais efetivos nas sociedades com alto grau de escolaridade e de participação política, do que nas sociedades em que ainda impera o abismo da desigualdade social, entre outras falhas das nações, principalmente, não desenvolvidas, o Sul.

Portanto, objetiva-se demonstrar que a exaustiva tentativa de eleger um único elemento, como núcleo intangível de direitos humanos, pode vir a ser fadada ao insucesso, se não atentarmos para o composto de elementos que influenciam a construção da dignidade humana.

A dignidade humana se consubstancia na promoção do desenvolvimento do homem dentro de sua comunidade e fora dela. O que apenas se viabiliza se atendidas necessidades básicas como saúde, educação, segurança, para que possa ser exercida a real democracia participativa.

A percepção do caráter plural dos direitos humanos não os destitui, ao contrário os enriquece. A era de garantia dos direitos afirmados pela Declaração Universal de 1948 atravessa, além da barreira de “culturalização”, a barreira de ruptura com o conceito de soberania nacional absoluta para proteção internacional efetiva dos direitos humanos.

A superação de dificuldades como a desigualdade social, a fome, e a falta de escolaridade dos povos são fatores renitentes nas pautas dos congressos internacionais para cooperação entre os Estados, uma vez que, por último representam um embaraço ao desenvolvimento da própria humanidade.

Com a Carta das Nações Unidas o propósito de cooperação entre os Estados no âmbito econômico e social, em busca da paz⁴⁵, ganhou corpo textual positivando e dando início a uma nova concepção de Estado, modernamente denominada de “Estado Constitucional Cooperativo”.

A perspectiva moderna dos Estados Constitucionais estabelece, numa ordem de existência pacífica, uma abertura da ordem jurídica nacional para ordem jurídica internacional proporcionando um “direito comum de cooperação” que tem como principal objetivo a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana num plano de atuação supra ou internacional além das fronteiras territoriais estatais⁴⁶.

Este paradigma de Estado transforma sociedades em comunidades e o cidadão antes visto como pertencente a este ou aquele Estados passa a ser “cidadão do mundo”⁴⁷.

Todavia, malgrado o eminente intento, o modelo de Estado Cooperativo encontra resistências, por exemplo, em países que não participam de tratados e convenções

⁴⁵ Carta da Organização das Nações Unidas “CAPÍTULO IX - COOPERAÇÃO INTERNACIONAL ECONÔMICA E SOCIAL Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião”.

⁴⁶ HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71

⁴⁷ A expressão utilizada por Norberto Bobbio na obra “A era dos direitos” sintetiza o propósito do Estado Constitucional Cooperativo anunciado por Peter Haberle.

internacionais, sob justificativas já mencionadas como defesa da cultura e da prevalência da ordem jurídica interna do Estado, bem como em países que embora façam parte da ordem jurídica internacional não se apresentam vulneráveis a ela⁴⁸.

Argumenta-se, assim, a necessidade de uma Corte Internacional legítima e hierarquicamente competente para impor sanções efetivamente inibidoras aos Estados que violem tratados internacionais, principalmente tratados de direitos humanos⁴⁹.

A despeito da existência de instâncias supranacionais - como o Tribunal Penal Internacional, para o julgamento de indivíduos - e intergovernamentais, como a Corte Internacional de Justiça (Haia) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (S. J. da Costa Rica) para a solução de conflitos entre Estados submetidos às suas competências⁵⁰, por questões de reconhecimento de uma ordem jurídica internacional de direitos humanos, e ainda, por questões de soberania dos Estados, até o presente momento, não podemos vislumbrar esta figura supranacional efetiva.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, o objetivo almejado foi ilustrar dentro das diversas problemáticas atuais referentes aos direitos humanos, a premência de identificar direitos inerentes à condição humana e, portanto, fundamentais, universais e irrefutáveis.

A inquietação em encontrar tais elementos fundamentais reside justamente na perplexidade gerada por reiteradas violações dos direitos humanos na atualidade, ou seja, mesmo depois de inúmeros tratados e declarações internacionais para afirmação e proteção destes direitos, não podemos dizê-los efetivos nem realmente universais.

A universalização dos direitos humanos que reconhecemos aqui como relativos (construídos) – entendendo universalização no sentido de expansão, afirmação e legítimo reconhecimento pelos povos – depende do respeito à pluralidade cultural apresentada em todo globo terrestre, a despeito de, sob a bandeira de uma suposta emancipação, pactuarmos com a subjugação escamoteada destes direitos.

O processo de legitimação dos direitos humanos atravessa o inevitável caminho da aferição de direitos fundamentais essenciais. E, malgrado a existência de direitos humanos absolutos ser refutada por não menos abalizada doutrina, ela é imprescindível à própria segurança da espécie humana.

Fundamentar direitos na própria essência humana é salvaguardá-los do império da sorte, dos contornos abusivos do homem na manipulação do poder. Desta feita, a reflexão aqui desenvolvida partiu da determinação de um complexo de

⁴⁸ Como exemplo, citamos os abusos impetrados nos últimos anos na prisão de Abu Ghraib, sob a tutela dos EUA.

⁴⁹ No plano internacional os foros judiciários são organismos avulsos e independentes, desprovidos de hierarquia judicial como a existente internamente nos Estados. Neste sentido, REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 365.

⁵⁰ A Corte Internacional de Justiça exerce competência consultiva e contenciosa apenas entre os Estados que previamente aderiram a ela mediante cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. (REZEK, *op. cit.* p. 358) De igual modo a Corte Interamericana de Direitos Humanos criada para garantir a vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica, possui competência para julgar apenas Estados participantes (REZEK, *op. cit.* p. 223).

direitos que constituem entre si a real dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de direitos humanos.

Todavia, para se falar em dignidade humana é imprescindível destacarmos a condição do homem político, que participa ativamente da sociedade em que vive, exercendo sua completude. No entanto, ingênua seria a afirmação de que com a simples positivação da cidadania estaria o homem devidamente amparado de eventual violação.

Os direitos sociais, econômicos e culturais surgem como meios de sustentação do genuíno exercício da cidadania, em prol da igualdade. Propiciam a escolha livre do homem na pura manifestação de seu pensamento, idéia e vontade, porque esta não mais está vinculada à ignorância, à fome, à doença, às condições verdadeiramente indignas de subsistência. A dignidade do homem reside em sua efetiva existência não em sua sobrevivência

Assim, a tríade de direitos: cidadania, direitos positivos/prestacionais e dignidade humana – direitos interdependentes e complementares - representam o mínimo essencial para que o discurso dos direitos humanos deixe de figurar apenas nos fóruns internacionais, nas Constituições dos Estados e nos discursos acadêmicos e passem a significar uma realidade concreta no mundo.

Embora, até então, carecermos de meios suficientes para afirmarmos que a despeito de tratados internacionais, quebra de fronteiras e interação entre os povos em busca do desenvolvimento, a humanidade estará a salvo da sua própria iniquidade, nos resta uma posição otimista de solidariedade e respeito, a ser alcançada se não hoje, por certo no futuro quando estes direitos forem efetiva e legitimamente pactuados, mas também garantidos.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo, SP: Companhia das letras, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro, RJ: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

FINN, Karine. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos.** Curitiba, PR: Juruá, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo, SP: RCS, 2005.

GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos direitos humanos: relativismo ou universalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, SP: Companhia das letras, 2003.

LINDGREN ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo, SP: Perspectiva, 1994.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira. A isonomia de vencimentos na Constituição Brasileira. Edição especial – direito. **Revista APG/PUC – SP**, v. 1, p. 293-308, 2004.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Fundamentos dos direitos humanos econômicos. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Salvador–BA. **Anais...** Salvador–BA: CONPEDI, 2008.