

FELIPE MAGALHÃES BAMBIRRA

O Sistema Universal de Proteção
dos Direitos Humanos e
Fundamentais

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

JANEIRO DE 2014

FELIPE MAGALHÃES BAMBIRRA

O Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais

Tese de Doutorado apresentada sob a orientação do **PROFESSOR DOUTOR JOAQUIM CARLOS SALGADO**, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

[Pesquisa desenvolvida com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), do Deutsche Akademische Austausch Dienst (DAAD) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)].

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

JANEIRO DE 2014

B199s Bambirra, Felipe Magalhães.
O sistema universal de proteção dos direitos humanos e fundamentais / Felipe Magalhães Bambirra. - 2014.

Orientador: Joaquim Carlos Salgado
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direitos humanos - Teses 2. Direitos fundamentais
3. Direito - Filosofia 4. Direito constitucional 5. Direito internacional I.Título

CDU: 342.7

[FOLHA DE AVALIAÇÃO]

AO MEU PAI, DJALMA BAMBIRRA,
PELA AMIZADE E INDISPENSÁVEL APOIO.

À MINHA MÃE, MÁRCIA BAMBIRRA,
POR ENSINAR CARINHO E AMOR.

SUMÁRIO

ITINERÁRIO DA PESQUISA..... 1

1 – LÓGICA DIALÉTICA E RECONHECIMENTO NO DIREITO

1.1. Filosofia, Lógica Dialética e Ontologia

- a) Idéia e Conceito de Direito 10
- b) Direito, Ontologia e Dialética 14
- c) Filosofia e Sistema: o silogismo dialético 27

1.2. A historicidade da razão e a racionalidade da história: o desenvolver da cultura jurídica

- a) A compatibilidade entre razão e história..... 37
- b) O *pathos* como motor da história: trabalho do negativo e astúcia da razão 44
- c) A consolidação da razão no espírito objetivo: o Estado 50

1.3. O fenômeno jurídico perante a razão dialética (*Vernunft*) e razão

analítica (*Verstand*) 54

1.4. Reconhecimento e Direito 61

PARTE I – A PRETENÇÃO DE UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

2 – A BASE MATERIAL DO DIREITO: DO DIREITO NATURAL ÀS DECLARAÇÕES DE DIREITO

2.1. Raízes filosóficas da universalidade do Direito 76

2.2. O Justo Universalmente Pensado na Filosofia Antiga 87

2.3. Direito Natural e o Cristianismo 99

2.4. As bases do Jusnaturalismo Moderno 110

2.5. Significado das Modernas Declarações 118

2.6. O positivismo jurídico e a sua crise: o retorno da necessária consideração axiológica do direito	125
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

3 – DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO VALORES JURÍDICOS UNIVERSAIS

3.1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: impossibilidade de distinção ontológica.....	137
3.2. Direitos humanos e fundamentais: características especiais	147
3.3. Direitos Humanos e Fundamentais: justificativa e finalidade ética do Direito	159
3.4. Direitos Humanos e Fundamentais: A emergência de um novo mythos?.....	167

PARTE II: DAS BARREIRAS À UNIVERSALIDADE PROCLAMADA A SUA SUPERAÇÃO

4 – A SOBERANIA ESTATAL COMO LIBERDADE: DO PODER ABSOLUTO E PERPÉTUO AO RECONHECIMENTO INTERESTATAL DA LIBERDADE CONCRETA

4.1. Soberania como poder absoluto e perpétuo: Paz de Westfália e o legado inaugural do conceito de soberania por Bodin.....	178
4.2. Fundamentação filosófica da soberania: segurança e liberdade do Estado na Teoria do Contrato Social de Hobbes como sua condição de possibilidade.....	191
4.3. Soberania concreta: autodesdobramento (Selbstentfaltung) da liberdade na história e a dialética do reconhecimento.....	203

5 – A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA CLÁSSICA PELA RECEPÇÃO DA ORDEM INTERNACIONAL

5.1. A fratura na teoria da soberania: a polêmica entre Kelsen e Schmitt.....	217
5.2. Teorias monistas e dualistas do Direito Internacional.....	231
5.3. Crise da Soberania no II pós-Guerra.....	249
5.4. Responsabilidade de Proteger e Soberania como Responsabilidade.....	268

PARTE III – O SISTEMA UNIVERSAL PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

6 – A EMERGÊNCIA DE UM SISTEMA UNIVERSAL PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

6.1. A Proteção Global dos Direitos Humanos e Fundamentais.....	294
6.1.1. O projeto da paz perpétua.....	296
6.1.2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	309
6.1.3. Mecanismos de Efetivação.....	322
6.2. A Proteção Regional dos Direitos Humanos e Fundamentais	
6.2.1. O Direito Comunitário.....	330
6.2.2. A União Européia e a Corte Européia dos Direitos Humanos.....	336
6.2.3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.....	347
6.2.4. Corte Africana e Asiática dos Direitos Humanos.....	351
6.3. Reconhecimento da Superioridade dos Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	355
6.3.1. A Posição da Corte Constitucional Alemã.....	357
6.3.2. A Posição do Supremo Tribunal Federal.....	369
6.3.3. Evolução do sistema interno através do com o externo.....	379
6.4. O sistema universal protetivo dos direitos humanos e Fundamentais.....	385
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	388
RESUMO – ABSTRACT – ZUSAMMENFASSUNG.....	415

AGRADECIMENTOS

A árdua caminhada até este ponto de conclusão da Tese, chegada que é apenas um recomeço, bem sabemos, tem o seu valor na alegria proporcionada pelos encontros (e desencontros!) com pessoas únicas, maravilhosas e surpreendentes, dispostas a compartilhar o que tem de melhor conosco. É verdade que não somos mais que poeira cósmica nesse infinito universo, mas tal infinito encontra o seu limite no infinito valor de cada pessoa, e é isto que confere sentido inestimável ao nosso fugaz existir. Meus agradecimentos a minha família, a todos os amigos e amigas, colegas, alunos e alunas, professores e professoras, que, de algum modo, e muitas vezes sem saber, contribuíram decisivamente para a conclusão dessa etapa.

Aproveito a oportunidade para, de modo breve, agradecer nominalmente a algumas pessoas que estiveram especialmente mais próximas nos últimos anos. Aos meus pais, a quem dedico esta Tese, pela vida e pelo valor à vida; a minha amada Márcia, pela luz de amor, que faz aflorar o melhor de mim; aos meus irmãos, Arthur e Iara; ao meu orientador, Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, pelas lições, de Filosofia e de Direito, pelo exemplo de cultivo do espírito, que conferiram *anima* a esta Tese; a Profa. Dra. Mariah Brochado, em primeiro lugar pela amizade, mas igualmente pela generosidade, pelo diálogo – que tanto contribuiu para com este trabalho – e por possibilitar a minha estadia em Heidelberg, em excelente companhia. Às tias Mônica e Ângela, pela pronta ajuda. Ao Prof. Dr. Otto Depenheuer, que gentilmente abriu as portas e tão bem me recebeu no Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik, na Universität zu Köln; ao Prof. Dr. Amin von Bogdandy e a Prof. Dra. Mariela Morales-Antoniuzzi, pela fantástica acolhida no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Aos amigos e professores Marcelo Maciel Ramos, Pedro

Nicoli, João Paulo Medeiros Araújo, Gabriel Lago de S. Barroso, Mariana Avelar, Ana Carolina Cuba, Nara Carvalho, Maria Clara Santos, Nathália Lipovetsky e José de Magalhães, pela amizade diálogos e empreitadas conjuntas. A Alice Kiperstok, Isabel Arruda Matheos de Lima, Carla Biesdorf, Renato Hinkelmann Linhares, Tales Lisboa, Luciana Lamb, Tiago Cunha, Ana Angélica Ponte, Rosyelle Corteletti, Virgínia Cunha, Jonas Madureira, Lena Keul e Thomas Schenkelberg, que tornaram a estada na Alemanha especial. Aos professores Karine Salgado, Rodolfo Viana, Saulo Coelho, Daniela Muradas Reis, Mônica Sette Lopes, Ricardo Salgado e Renato César Cardoso, meus agradecimentos.

Por fim, agradeço às instituições que apoiaram esse trabalho. A Faculdade de Direito da UFMG, *alma mater*, ao Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik, na Universität zu Köln, e ao Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. À CAPES, ao CNPq, e ao DAAD.

Gesetz ist mächtig, mächtiger ist die Noth.

Plutus

[GOETHE, *FAUST*]

Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos.

[REALE, *FILOSOFIA DO DIREITO*]

INTRODUÇÃO

ITINERÁRIO DA PESQUISA

Introduções, como alertou HEGEL¹, são paradoxais: buscam dizer aquilo que só pode ser apresentado durante todo o desenvolver do trabalho, pois a verdade não se resume a uma conclusão, mas é ela mesma o todo, o resultado e o seu vir-a-ser², sobretudo o percurso que possibilitou alcançar a sua parte última, *provisoriamente* chamado de final ou conclusão. Hermenêutica e dialeticamente, entretanto, não nos é dado conhecer o todo senão pelas partes, mas também as partes só são recognoscíveis como momento conhecendo-se a totalidade, o que aponta para a circularidade – ou aspiralidade – do conhecimento. O pensamento, ontologicamente dialético, tem, porém, como momento constitutivo, o entendimento, analítico, capaz exatamente de examinar as partes, decompondo-as para esmiuçar-lhes a natureza e o sentido. Mas só quando o entendimento se eleva à razão pode-se realmente perceber o significado profundo da realidade, a *Wirklichkeit*, ou seja, a efetividade, a idéia que produz efeitos e, assim, o real. Isto posto, não cabe se furtar à introdução – como aliás o próprio HEGEL não se furtou – mas continua válido o alerta de que a sua finalidade é exclusivamente deixar claro ao leitor os objetivos, percurso e a perspectiva filosófica segundo a qual a obra será desenvolvida.

Passados mais de 200 anos de Declaração do Direito do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, e 60 anos da Declaração Universal do Direito dos Homens, o debate, fundamentação e implementação dos direitos humanos e fundamentais continua sendo objeto de profundas divergências e desafios, sem que se chegue, no plano teórico e prático, ao consenso sobre uma série de indagações centrais sobre o *ser* desses direitos. Qual é a sua natureza?

¹ HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 25.

² HEGEL, *Fenomenologia do Espírito*, *cit.*, p. 26-7.

Quem são exatamente seus destinatários? Quais são os mecanismos político-jurídicos disponíveis para a sua *justiciabilidade* (*Gerichtsbearkeit*)? E, até mesmo, se tais *direitos* necessariamente têm que comportar essa característica, certamente relevante, que é a possibilidade de poder se fazer valer através da *actio*, para serem considerados realmente direitos. Ainda, importante, qual é a posição que o sistema internacional ocupa em relação aos sistemas jurídicos nacionais na proteção e efetivação desses direitos? Afinal, além da polêmica em torno da sua exigibilidade, principalmente no plano internacional, dentro do contexto ocidental, nas últimas décadas do século XX emergiu grande disputa sobre a compreensão acerca desses por parte de diferentes matrizes culturais e civilizacionais, tornando a tarefa de responder tais perguntas ainda mais complexas. Paradoxalmente, os direitos humanos e fundamentais vem sendo reconhecidos como o alicerce de qualquer ordem jurídica que pretenda se autocompreender para além de uma mera normatização das práticas sociais desejáveis – fazendo, assim, jus ao adjetivo “*jurídica*”, saliente-se – ou seja, que se pautem pelo aspecto material fundamental do Direito: o valor da Justiça. Em outras palavras, Justiça hoje tem, como pressuposto, a observância dos direitos humanos e fundamentais.

Se depois da Segunda Guerra Mundial os direitos humanos ganharam centralidade no debate jurídico e, positivados, passaram a ocupar, como *direitos fundamentais*, o núcleo das constituições de praticamente todos os países do mundo – cientes de que a sua concretização urgia, mais do que nunca. Pode-se afirmar que houve uma reestruturação das bases filosóficas e científicas do Direito, e através do Direito Constitucional e Internacional se desencadeou uma profunda transformação, que se irradiou por todo o sistema jurídico. Interessa-nos especialmente examinar – sob a perspectiva da Filosofia e Ciência do Direito, e a partir da constatação de que a relação e a dinâmica entre as normas supranacionais, englobando o sistema internacional e os regionais, de direitos

humanos e o Direito Constitucional constituem, quiçá, a grande novidade jurídica do século XXI – de que modo se apresenta a aclamada supremacia dos direitos humanos e fundamentais, para então propor uma nova leitura do significado e implicação para compreensão do fenômeno jurídico.

Se até a primeira metade do século XX a Constituição era o ápice de uma pirâmide normativa, na qual as normas de direito internacional situavam-se, em regra, no mesmo patamar de uma norma ordinária – norma federal ordinária, no caso de Estados federativos, a exemplo do Brasil e da Alemanha – a necessidade de se garantir os direitos humanos e a crescente integração entre os países – principalmente na experiência da União Europeia, e, agora, a da Organização dos Estados Americanos, com a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – vem mudando decisivamente esse paradigma.

No limiar do século XXI, o Brasil, atento a este cenário, ajusta-se paulatimamente às exigências que lhe são postas pela comunidade de Estados, na qual se insere, e, além da possibilidade de incorporação das normas internacionais no mesmo patamar da Constituição, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta para uma “supralegalidade” dos tratados internacionais de direitos humanos em razão de seu valor material – ou seja, localizar-se-iam, hierarquicamente, entre as normas de direito constitucional e a legislação ordinária. Na Alemanha, a *Bundesverfassungsgericht* reconhece a “afinidade” da *Grundgesetz* com o Direito Internacional, e permitiu que a jurisdição da Corte Europeia de Justiça assumisse o seu papel de verificar a compatibilidade de normas comunitárias com os direitos humanos e fundamentais nacionais. No âmbito europeu, cuja integração avançou a passos largos, a Filosofia do Direito e a dogmática jurídica possibilitam e acompanham o desenvolvimento político, e, assumindo posição vanguardista,

reconhecem a supremacia do direito europeu (direito da União Europeia) sobre as ordens nacionais, e, igualmente, das normas de proteção aos direitos humanos, afirmada inauguralmente pelo Tribunal da União Europeia, com destaque, igualmente, à atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Nada obstante, a percepção do crescente papel conquistado pelo Direito Internacional, sobretudo em referência às normas de direitos humanos – e, assim, fala-se hoje em *Direito Internacional dos Direitos Humanos* – gerou uma distopia, que, cega para o fundamental papel desempenhado pelos Estados na concretização e garantia destes, veem-no como um mal, ou ainda, como o mal necessário, sem cuja superação se mostraria inviável a implementação e justificação de um mínimo de justiça global, que poderia ser alcançada mediante a efetivação homogênea dos direitos humanos. Por sua acidez e contundência, aliada ao apego a visões e desejos subjetivos, bem como à falta de fundamento na realidade – e, ainda, às contingências históricas que levaram à violência estatal ilegítima – criou-se um medo injustificado do Estado, uma *Estatofobia*, que olvida que um dos pilares dos próprios direitos humanos é a liberdade de autodeterminação dos povos, organizados em Estados – forma e instrumento para o exercício de sua liberdade.

Não se pode negligenciar que, recentemente, ganhou proeminência, perante o Direito Internacional – outrora espaço reservado estritamente aos Estados – a *pessoa*, o indivíduo, ainda que de modo predominantemente passivo, como sujeito protegido pela ordem jurídica internacional. O que seria inimaginável de se concretizar a alguns anos, porém, foi a sua participação imediata, na medida em que vem lhe sendo estendida, perante as cortes regionais (supranacionais), a capacidade postulatória, tal qual a realidade da Corte Europeia de Direitos Humanos, reconhecendo-se, no Direito Internacional, parcialmente, a

sua capacidade processual ativa. A louvável possibilidade, que tende e merece ser expandida, não diminui em nada o fato de que são os Estados os principais atores e sujeitos de direito do Direito Internacional, consolidando-se o princípio da subsidiariedade das ordens internacionais e, assim, possibilitando não a rehierarquização rígida das normas, mas o diálogo e o aperfeiçoamento conjunto, em prol da dignidade da pessoa humana.

Consequência das recentes transformações, velozes e estruturais, que atingem elemento nuclear do Direito, os direitos humanos, capazes de alterar substancialmente a compreensão que se tem do fenômeno jurídico, propõe-se a seguinte hipótese, a ser desenvolvida ao longo da Tese: **o direito no mundo contemporâneo estrutura-se como um sistema universal de proteção aos direitos humanos, ai residindo o seu fundamento, que se desdobra em três dimensões, dialeticamente articuladas, necessárias a sua efetividade: a dimensão global e universal, representada pelo Direito Internacional; a regional, formada por um sistema supraestatal e particular; e a dimensão local, o universal concreto, formada pelo direito interno de cada Estado.**

Buscaremos perceber a relação silogística entre os três momentos citados em seu movimento dialético, em que o universal, abstrato, aparece no momento particular, situado no tempo e no espaço, e se concretiza, como singularidade ou universal concreto, com a fruição dos direitos humanos e fundamentais pelos cidadãos, num Estado concreto e particular, mas que realiza o universal. Esta estrutura que fenômeno jurídico alcançou é determinante para a própria definição ontológica do Direito, vale dizer, a constatação e fundamentação de uma nova relação entre tais elementos nucleares atualiza o próprio conceito do Direito, em seu ponto de chegada na contemporaneidade jurídica.

Para a confirmação da hipótese utilizar-se-á, como perspectiva teórica, o desenvolvimento histórico-dialético da idéia de justiça, em cujo ponto de chegada, na contemporaneidade, apresenta-se igualmente refletida nas três dimensões acima referidas, quais sejam, a global, regional e local. Assim, aparece, epistemologicamente, como Ciência do Direito, manifesta através de seus ramos, como Direito Internacional, Direito Comunitário (regional), e Direito Constitucional; politicamente, organizada na forma da Organização das Nações Unidas, organizações regionais, e Estado Democrático de Direito; e, por fim, axiologicamente, como reconhecimento universal – ainda que dotada de significados que não excluem as especificidades regionais e locais, sem prejuízo do consenso em relação a um núcleo comum – a plena garantia da dignidade humana, tanto no plano vertical (integralmente) quanto horizontal (universalmente). A própria idéia de justiça é senão o desdobramento (*Entfaltung*) do Direito como liberdade concreta na história, e, conseqüentemente, a lógica hegeliana e a dialética do reconhecimento desempenharão um papel significativo para a consecução de nosso objetivo.

Ao fazê-lo, entretanto, figura-nos além do escopo e possibilidades da tese, e até mesmo um trabalho de Sísifo, pretender reexaminar toda a história e descrever o completo desenvolvimento conceitual do fenômeno jurídico – tarefa que se julga relevantíssima, em tempos que se tem perdido o horizonte do macro em detrimento do foco estreito no micro, sintoma do excesso de especialização e falta de coordenação dos saberes na atualidade. Opta-se, aqui, por salientar os momentos lógicos que foram essenciais ao movimento do conceito, para que ele se efetivasse da maneira tal qual se apresenta, como uma ordem normativa sobretudo de direitos, de almejada e crescente universalidade. Concentraremos nossos esforços, portanto, principalmente a partir do século XX. Com isso não se olvida que, num sentido estrito, desde o nascedouro de nossa civilização

Ocidental, especialmente com os Romanos, ou, num sentido *lato*, desde a existência do homem como tal, como o indisputável brocado de Ulpiano (“*ubi homo ibi societas; ubi societas ibi ius*”) atesta, tem-se já em movimento o desenvolvimento do Direito que vivemos hoje, suas bases, principais idéias e ideais, que vão se desdobrar dialeticamente ao longo do tempo num processo incessante.

Inicialmente, dedicar-se-á um capítulo a explicar os fundamentos da filosofia hegeliana, chave de leitura para a compreensão do direito na contemporaneidade. Na primeira parte da Tese, cujo objetivo é a *compreensão da pretensão de universalidade do Direito Ocidental*, far-se-á uma breve e sintética recuperação e desenvolvimento das bases materiais do direito ao longo da história, sob o paradigma do chamado Direito Natural até a contemporaneidade, tendo em foco exatamente o desdobramento dessa universalidade e seu resultado como reconhecimento de direitos universalmente atribuíveis. No terceiro capítulo buscar-se-á constituir uma síntese para discutir o significado de dois elementos centrais à Tese e à universalidade do conceito de justiça: “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, e a opção pela designação “direitos humanos e fundamentais”, por serem ambos desdobramento de um mesmo fenômeno.

A segunda parte buscará apresentar, na Modernidade, as barreiras que foram postas à proclamada universalidade do Direito e como tem se dado essa superação a partir do sistema cosmopolita de proteção aos direitos humanos-fundamentais. Trata-se do momento negativo, da particularidade, em que, ao mesmo tempo que se nega o universal, é ele reafirmado ao final do processo, de modo mediatizado pelo particular. O quarto capítulo se dedicará a compreensão da tensão entre os elementos fundamentais à Filosofia do Direito e do Estado, nomeadamente a soberania, a autodeterminação dos povos e os direitos humanos

e fundamentais. No quinto capítulo, o foco será a crescente transformação e distensão destes conceitos, sobretudo no segundo pós-guerra.

Por fim, no último capítulo, defenderemos, apontando os elementos consolidados e a tendência de fortalecimento de um sistema universal de proteção aos direitos humanos-fundamentais, suas vantagens, dificuldades e promessas. É o momento da singularidade, ou do universal concreto, em que todos os outros são assumidos, e os direitos humanos e fundamentais realizados, concretamente no Estado. O nosso propósito, nesse ponto, pela necessidade de limitação do tema, será como tem se dado essa recepção jurídica, principalmente a partir do paradigma da Corte Constitucional Alemã e do Supremo Tribunal Federal.

PARTE I

A LÓGICA DA LIBERDADE NA HISTÓRIA

JURÍDICA: PRETENSÃO DE

UNIVERSALIDADE DO JUSTO E A SUA

CONCRETIZAÇÃO

1- LÓGICA DIALÉTICA E RECONHECIMENTO NO DIREITO

1.1. Filosofia, Lógica Dialética e Ontologia

1.1.1. Idéia e Conceito de Direito

Filosofar é pensar o pensar, ou seja, é o pensar reflexivo do próprio pensamento, que volta sobre si, e, por isso é chamado pensamento especulativo, e a filosofia que sobre ele se debruça, filosofia especulativa: é a consciência de que o pensamento contém e mantém em si mesmo a contradição³. O pensar o pensamento, objeto da Lógica, é a idéia⁴, o conhecimento absoluto: nada está fora dele. Daí a afirmação que o absoluto se mostra na Filosofia, que, por sua vez, é o conhecimento do absoluto, da totalidade⁵, portanto. O absoluto, além disso, pode e deve ser compreendido em relação a dois termos fundamentais da filosofia: ἀρχή e τέλος. O primeiro é traduzível por começo, início e fundamental, aquilo que não depende de outro e tem sua existência *de per se*. O segundo termo é finalidade, o objetivo último, o que chegou ao final do seu processo ao alcançar a meta. O pensamento é tanto a ἀρχή quanto o τέλος, pois é nele que se radica o início e o fundamento do que existe, cuja finalidade ou objetivo é também por ele posto, estabelecido, é racional. Tudo que existe como efetividade é apreensível pelo pensamento e é objeto da filosofia⁶, e por essa razão ele, o pensamento, é fundamento do efetivo, é o próprio absoluto. Essa afirmação tem um caráter lógico, pois só existe aquilo que o pensamento pode apreender, ou seja, o impensável, o indizível e o absurdo são quimeras que não fazem parte da

³ HEGEL, G. W. F. *Wissenschaft der Logik*. V. 4 (Vollständige Ausgabe), Berlim: Duncker und Humblot, 1834, p. 69-70.

⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 107.

⁵ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 65.

⁶ HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (em compêndio: 1830). V. I. Trad. Paulo Meneses. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 44-6 [§6].

realidade (*Wirklichkeit*)⁷. Conceituar *o que é*, pois *o que é* é a razão, eis a tarefa da Filosofia⁸.

À Filosofia do Direito, definida de modo claro e preciso por HEGEL em sua *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cabe explicitar a idéia do Direito, seu conceito e sua efetivação⁹. Em relação à *idéia* e ao *conceito* (*Begriff*)¹⁰ de Direito faz-se a seguinte consideração preliminar: estes não são o que o estudioso almeja que o seu objeto seja ou venha a ser, e impregnar o objeto de estudo por considerações abstratas, por mais bem intencionadas que estas sejam, situa-se apartado da tarefa do filósofo e do filósofo do direito. Tais tentativas mostram-se, ademais, infrutíferas, exigindo posteriormente uma reconciliação da teoria com a realidade,

⁷ Nada está fora do pensamento. Mesmo o nada, o absurdo, o indizível, quando se pensa neles ou nessa categoria, já está sendo colocado no pensamento e passa a ter um ser. Dai, recapitulando a famosa passagem de Parmênides, segundo quem “o ser é, o não-ser não é”, Hegel aponta a verdade dessa afirmação no início e fundamento da sua Lógica (Doutrina do Ser), cuja dialética, assumindo o movimento heracliteano, se dá no *vir-a-ser*, no movimento. HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 180-5 [§88]; v. DIELS, Hermann. *Die Fragmente der Vorsokratiker: Griechisch und Deutsch*. 10. ed. Berlin: Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 1960, [28 B]; BAMBIRRA, Felipe Magalhães. *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental*. Curitiba: CRV, 2013, p. 100-10.

⁸ G.W.F., HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts; oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*. Stuttgart: Reclam, 2009, p. 58, no original: “Das, *was ist*, zu begreifen ist die Aufgabe der Philosophie, denn das, *was ist*, ist die Vernunft”.

⁹ “Die *philosophische Rechtswissenschaft* hat die *Idee des Rechts*, den Begriff des Rechts und dessen Verwirklichung zum Gegenstande” HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts...*, *cit.*, p. 61 [§1].

¹⁰ O substantivo *Begriff* deriva-se do verbo *greifen*, agarrar firmemente algo, que, quando ganha o prefixo *be-* passa a ter um significado mais abstrato, de se compreender ou “pegar” algo pela compreensão. O substantivo é formado então pelo particípio (*Partizip II*) do verbo *begreifen*, resultando em *begriffen* e *Begriff*. V. INWOOD, M-J. *Hegel; the argument of the philosophers*. London: Routledge & Kegan Paul, 1983, p. 10-6; OTT, Auguste. *Hegel et la Philosophie Allemande; ou exposé et examen critique des principaux systèmes de la Philosophie Allemande depuis Kant, et Specialement de celui de Hegel*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1984, p. 259 *et seq.*

como largamente advertido pelo filósofo alemão¹¹: não deve o filósofo, prepotente e arrogante, sentado em seu trono da Razão, simplesmente querer ditar ao Estado¹², ao mundo e às pessoas como deve ser¹³.

Sobre este ponto, cabe uma reflexão e uma consequência para o nosso estudo. Ao se tratar de um tema como direitos humanos, é extremamente tentador, e assim frequente, que se derive de fenômenos abstratos e sem efetividade uma série de desejos, e isso com a melhor das intenções. As normas jurídicas são cotidianamente descumpridas, e a contra-faticidade como elemento ontológico do direito não pode ser perdida de vista. O descumprimento de normas ligadas a direitos humanos, fundamentais e da personalidade, porém, têm o condão de despertar, de modo mais profundo, a sensibilidade do homem e do jurista, e não sem razão, já que ao protegerem valores primordiais, os prejuízos ao atingí-los são graves e, não raro, irreparáveis. Não basta, entretanto, a mera intenção de se construir o paraíso na Terra, pois o mundo é extremamente complexo e árdua a tarefa de compreendê-lo, o que se acredita necessário para qualquer proposta de mudança efetiva. Apesar das infinitas possibilidades de se transformar a realidade, deve-se ter em mente que esta dificilmente se deixa mudar. A consequência que daí deriva é que o mero confronto do descompasso entre o verificável empiricamente e o direito não é objetivo desse trabalho, que se

¹¹ HEGEL, *Fenomenologia do Espírito, cit.*, p. 273-4 [§390].

¹² HEGEL, *Grundlinien...*, *cit.*, p. 57: „So soll diese Abhandlung, insofern sie die Staatswissenschaft enthält, nichts anders sein als der Versuch, den *Staat als ein in sich Vernünftiges zu begreifen und darzustellen*. Als philosophische Schrift muß sie am entferntesten davon sein, einen *Staat, wie er sein soll*, konstruieren zu sollen; die Belehrung, die in ihr liegen kann, kann nicht darauf gehen, den Staat zu belehren, wie er sein soll, sondern vielmehr, wie er, das sittliche Universum, erkannt werden soll“.

¹³ HEGEL, *Grundlinien...*, p. 59: „Um noch über das *Belehren*, wie die Welt sein soll, ein Wort zu sagen, so kommt dazu ohnehin die Philosophie immer zu spät. Als der *Gedanke* der Welt erscheint sie erst in der Zeit, nachdem die Wirklichkeit ihren Bildungsprozeß vollendet und sich fertig gemacht hat“.

preocupa, antes, com a atualização e efetividade do conceito apresentado na hipótese, devendo-se ter cuidado para que o particular e o contingente não sejam generalizados e se perca de perspectiva o que é realmente efetivo.

A **idéia de Direito** é senão o **desenvolvimento de todo o Direito ao longo da história**¹⁴, bem como o seu *Dasein*, a sua forma de ser e manifestar refletida pelo pensar, na contemporaneidade, e o *conceito* de Direito tampouco se confunde com uma pura definição¹⁵, que seria um “conceito analítico” e inerte¹⁶. O **conceito** é, o contrário, a **efetividade do Direito mesmo**, o modo como concretamente se realiza, não apenas como aparência exterior, mas sendo essa aparição o momento dialético de externalização daquilo que ele já é internamente¹⁷. Isso significa, portanto, que a efetivação do Direito é exatamente o

¹⁴ HEGEL, para clarificar o sentido de sua dialética, afirma que o desabrochar da flor parece negar o botão, assim como o fruto nega a flor. Mas dará um deles não é diferente do outro, e a semente já os contem como potencialidades de vir-a-ser. Assim, a semente da árvore de carvalho já é, na perspectiva dialética, a árvore de carvalho. Desenvolver-se-á, através do tempo, num processo dialético, cada momento, que não só nega o anterior, mas o suprassume e o eleva à verdade. HEGEL, *Fenomenologia...*, cit., p. 25-6.

¹⁵ Aliás, HEGEL lembra o como são perigosas as definições no Direito, a partir do brocado “*ominis definitivo in jure civili periculosa*”, pois quanto mais desconectadas e em-si contraditórias são as determinações de um Direito, menos são possíveis as definições. Assim, não era possível a definição de homem no Direito Romano, uma vez que as contradições com a situação do escravo, por exemplo, tornar-se-iam mais evidentes. HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 62 [§2].

¹⁶ HEGEL, *Grundlinien...*, p. 61, §1: „Nicht sogenannte bloÙe Begriffe; die Philosophie weiß am besten, daß so genannten bloÙen Begriffe etwas Nichtiges sind – sondern wesentlich deren Verwirklichung – Realisierung“.

¹⁷ Efetividade (*Wirklichkeit*) é, aliás, definida já no início da Filosofia do Direito de Hegel como sendo a unidade do interno e do externo (*Äußern*), exterior (*Äußere*), do Real, mas não de uma realidade ou *dasein* desprovidos de conceito: existência, mas essencialmente determinada através do conceito – e conceito tornado real, efetivo. Cf. HEGEL, *Grundlinien...*, p. 61-2, §2: “Wirklichkeit ist nur die Einheit des Innern und Äußern – daß der Begriff nicht ein bloÙes Innere sei, sondern ebenso reales – und das Äußere, Reale nicht eine begrifflose Realität, Dasein – Existenz, sondern sei wesentlich durch den Begriff bestimmt“ e HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, cit., p. 187-8 [§91]; v. PEPPERZAK, Adriaan

momento dialético em que o que é interno, a alma do Direito, corporifica-se, produz os seus efeitos e torna-se realidade, efetividade, ganhando, em seu movimento dialético, vida plena¹⁸.

1.1.2. Direito, Ontologia e Dialética

É ainda necessário precisar o que vem a ser “dialético”, termo que se utiliza aqui não apenas na definição de Direito, mas presente inclusive em nossa hipótese. Dialética é palavra de raiz grega (*διαλεκτική*), um adjetivo substantivado derivado do verbo *dialégomai* (*διαλέλομαι*), por sua vez composto da junção de falar (*légo*), e da preposição *dia*, que aponta para a noção de movimento. Assim, diálogo é uma fala em movimento, uma conversa¹⁹. A filosofia dialética é, portanto, aquela que captura, como conceito (*Begriff*), o automovimento do *logos*, ou seja, da Razão, que se autodetermina e é o próprio real²⁰.

Theodor. *Modern Freedom: Hegel's Legal, Moral, and Political Philosophy* (Studies in German Idealism). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 93.

¹⁸ Apesar de na Filosofia do Direito não ficar exatamente clara a diferença entre *idéia* e *conceito* o Direito, recorrendo-se à lógica hegeliana percebe-se na sua última parte, a Doutrina do Conceito, que seu último momento é a Idéia, a Idéia Absoluta, a idéia de pensa e dá conta de si própria no final do processo, como unidade da idéia teórica e prática [HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 366 (§236)]; o conteúdo é o diferenciar-se entre si e si mesma, em que um dos termos diferenciados é a identidade consigo. É a conciliação de conteúdo e método, o primeiro como sendo todo o sistema do lógico, e o segundo o saber determinado do valor de seus momentos, *cf.* HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 367 [§237].

¹⁹ *Cf.* BOURGEOIS, Bernard. *Le vocabulaire de Georg Wilhelm Friedrich Hegel*. Paris : Ellipses, 2000, p. 34 ; GADAMER, Hans-Georg. *Hegel's Dialectic: Five hermeneutical Studies*. Trad. Christopher Smith. London: Yale University Press, 1976 ; LIMNATIS, Nectarius G. *The Dimensions of Hegel's Dialectic*. London : Continuum, 2010.

²⁰ “O mesmo desenvolvimento do pensar, que é exposto na história da filosofia, expõe-se na própria filosofia, mas liberto da exterioridade histórica – *puramente no elemento do pensar*. O pensamento livre e verdadeiro é em si *concreto*, e assim é *idéia*, e em sua universalidade total é a *idéia* ou o absoluto”, HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 55 [§14].

Da mesma forma que não é possível aprender a nadar sem entrar na água, tampouco pode a Filosofia descobrir-se senão pensando a si própria. Por isso, frise-se: é o pensar do pensar²¹. Conhecer a razão – o “instrumento” do pensamento – é já filosofia, mas não uma Filosofia completa, pois, para tanto, faz-se necessário justificar não só o sujeito cognoscente, mas, igualmente, o objeto do conhecimento²².

A Filosofia hegeliana é uma ontologia, constituída a partir da identidade dialético-especulativa entre o ser e o pensar, já sabida em sua imediatidade por PARMÊNIDES. O método que possibilita compreender a racionalidade da realidade efetiva não parte de um modelo lógico pré-estabelecido, que se aplica ao objeto – como o método científico – ou, ainda, como formas ideias, categorias da razão, que, aplicadas ao objeto, condicionam a sua percepção. Na verdade, sabe-se que a estrutura do pensar especulativo é idêntica à estrutura do real. Tal identidade é apenas um ponto de partida, mas não uma pressuposição ou uma hipótese a ser demonstrada. Aqui se visualiza o problema, já percebido por PLATÃO²³, com toda a sua clareza:

“Para conhecer, é preciso já conhecer qual o objeto da ciência; para conhecer esse objeto, é preciso conhecer o objeto. O

²¹ Afirma HEGEL, tecendo pesada crítica ao formalismo kantiano: “o exame do conhecimento não pode ser feito de outra maneira a não ser *conhecendo*; no caso deste assim-chamado instrumento, examinar significa o mesmo que conhecê-lo. Ora, querer conhecer *antes* que se conheça é tão absurdo quanto o sábio projeto daquele escolástico, de aprender a *nadar antes de arriscar-se na água*”, HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I., *cit.*, p. 50 [§10].

²² SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, *cit.*, p. 83.

²³ BRISSON, Luc. *Platon les mots et les mythes*; Comment et pourquoi Platon nomma Le mythe? Paris: Éditions La Découverte, 1994, p. 12; BAMBIRRA, Felipe Magalhães; SILVA, Nathália L. Breve contribuição à antropologia jurídica: a constituição do humano na antropologia platônica. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Boiteux: Florianópolis, 2010, disponível em <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3913.pdf>, consultado em 25 de novembro de 2013.

método determina o objeto, o objeto determina o método. É nessa dialética que o conhecimento cresce, quer no aperfeiçoamento do método, que se torna mais capaz de captar o objeto, quer na explicitação do objeto que determina o aprimoramento do método”²⁴.

Pode-se situar o genuíno início da Filosofia com a ontologia de PARMÊNIDES, ou seja, com a identificação feita pelo pré-socrático entre o ser e o pensar. A explicitação dessa identidade se deu ao longo da história, sendo retomada por HEGEL, de modo a superar a inadequada não-problematização do sujeito cognoscente no pensamento clássico (Platão-Aristóteles), da metafísica do objeto, e o transcendentalismo subjetivista da filosofia moderna (Descartes-Kant). A Lógica desenvolvida na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* retomará esse caminho, ficando a primeira parte, a *Doutrina do Ser*, incumbida de explicitar o movimento racional da filosofia clássica, e a segunda parte, a *Doutrina da Essência*, corresponderá ao pensamento de KANT, “em que o sujeito se separa radicalmente do objeto não só na estrutura do conhecer, mas no aspecto ontognosiológico, no qual se torna a coisa em si isolada e impenetrável ao sujeito”²⁵. Por fim, no terceiro capítulo, *A Doutrina do Conceito*, há a síntese, ou melhor, a supressão das duas partes anteriores.

E por que surge a necessidade da *Doutrina do Conceito*, ou seja, quais são os problemas que emergem no período da filosofia do sujeito (doutrina da essência) e que reclamam do filósofo uma solução? SALGADO nos responde essa questão, salientando as deficiências, também, da metafísica do objeto:

“A unidade do pensar filosófico dá-se em Hegel fundamentalmente na Doutrina do Conceito pela superação da unidade do pensar imediata da filosofia grega, que não

²⁴ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 84.

²⁵ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 74.

passou pela reflexão ou divisão, e a filosofia da reflexão kantiana que divide o absoluto e, definitivamente, separa o sujeito do objeto, de modo que o sujeito só possa conhecer a si mesmo na medida em que o próprio objeto, o fenômeno, seja interiorizado no sujeito, mas nele separado como forma e matéria”²⁶.

A filosofia hegeliana, a começar pela sua Lógica, supera todas essas aporias e impasses, mas reconhece a necessidade desses momentos anteriores, os quais, antes de serem algo falso ou não-verdadeiro²⁷, representam o movimento inexorável do real para se desdobrar, negar-se e suprassumir-se. São, portanto, momentos de uma mesma realidade dinâmica, em movimento:

“Em Hegel a ontologia grega, caracterizada pela preocupação com o ser, no qual o homem se insere, e a gnosiologia crítica de Kant, caracterizada pela separação do sujeito e do mundo em si, com a prevalência do sujeito, superam-se na unidade do pensar do sujeito e do objeto. A Lógica de Hegel, que estuda a estrutura do pensar, no qual tudo o que é se dá, portanto que estuda a estrutura do próprio real, do sujeito e do objeto, os dois pólos do real (por Hegel denominado idéia), é o momento de chegada de toda a filosofia ocidental, no qual se mostra a sua verdade especulativa, em virtude da qual se acham presentes os traços significativos dessa filosofia pela superação das

²⁶ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 74

²⁷ Afinal, para HEGEL, a filosofia e o real aparecem como o processo “que produz e percorre os seus momentos; e o movimento total constitui o positivo e sua verdade. Movimento esse que também encerra em si o negativo, que mereceria o nome de falso se fosse possível tratar o falso como algo que se tivesse de abstrair” HEGEL, *Fenomenologia...*, *cit.*, p. 53. V., também, BAMBIRRA, Felipe Magalhães. *Filosofia da História em Hegel: A Dialética da Paixão e da Razão. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2010, disponível em <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3465.pdf>, consultado em 25 de novembro de 2013.

oposições através da dialética nas diferenças e da unidade nas cisões”²⁸.

Em suma, HEGEL busca superar o dualismo fundamental entre o sensível e o inteligível que se estende de PLATÃO a KANT. Como, portanto, o sensível se explica em cada um desses momentos? Eis a lição de SALGADO:

“Para Platão, a razão do sensível é dada pela sua participação no inteligível, a idéia. Para Kant, é a participação da sensibilidade no entendimento, no processo de conhecimento, na ordem teórica, e a participação da ação na lei moral, na ordem prática. Em Hegel, o sensível não tem explicação em si mesmo. Sua razão de ser é o próprio pensamento, em que tem inteligibilidade e explicação; não é que o sensível não exista ou seja desprezível como o considerou Parmênides [...] mas que sua significação é dada pelo pensar. Somente como pensado ou somente na estrutura do pensar o sensível tem sua ‘existência’”²⁹.

Assim, a filosofia não começa pelo objeto, pelo ser, que pode ser conhecido independentemente do sujeito cognoscente. Tampouco pode começar pelo sujeito, colocando-se o eu no centro do filosofar, como fez a filosofia moderna, buscando os limites do conhecimento tendo em vista o sujeito que conhece. Em HEGEL, não é possível identificar um começo da Filosofia, apenas um

²⁸ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 74. Salgado assinala ainda mais as diferenças nesses dois importantes marcos, Platão e Kant, na seguinte passagem: “Assim, enquanto para Platão a razão é suficiente para conhecer a verdade no seu objeto próprio e adequado, as idéias, para Kant, nem a razão pode por si só conhecer, nem as idéias são verdades. As idéias por ela criadas, não sendo a síntese das categorias com os fenômenos, são fantasias contraditórias. Para Platão o que vem dos sentidos é o ilusório; é verdadeiro e objetivo apenas o que conhece a razão diretamente. Para Kant, o fenômeno é que dá o conteúdo do objetivo às formas *a priori*. Para Platão o objetivo ou a verdade são as idéias, o em si, que não são uma criação subjetiva; para Kant, a questão é gnosiológica; trata-se de examinar as condições subjetivas do conhecimento cujo conteúdo são os fenômenos; o em si, idéias ou não, é um x inefável”, SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 82.

²⁹ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 77.

começo do filosofar³⁰, afinal, a simples experiência do pensar já é pensar toda a totalidade³¹. No ser racional, ou seja, no homem, afirma SALGADO que todo o seu conhecimento está penetrado pelo pensamento: “o pensamento é então a totalidade, o absoluto, cuja estrutura é a própria estrutura do objeto pensável: pensamento objetivo”³².

O pensamento é atividade ou faculdade ao lado de outras, como a sensibilidade e a imaginação. Caracteriza-se por alterar o dado imediato sensível (ser), considerando a universalidade presente na coisa que se dá aos sentidos, e concebe esse universal como a essência, ou seja, o que há de verdadeiro naquela coisa, e não a mera aparência do ser. Pela reflexão, o pensamento se eleva ao universal e encontra no pensado a essência, o verdadeiro. Mas alcança também a si mesmo, recebe determinações apenas de si e, produzindo o universal pela mediação do objeto, permanece em si, movendo-se na sua autodiferenciação. Não é determinado senão por si, e, conseqüentemente, é livre³³. Para melhor compreensão desse fenômeno, pode-se pensar em outras duas formas de captação do real (também através do pensar). A primeira, a intuição, própria da arte, apreende o real como identidade do pensar, mas como identidade imediata, sem reflexão. Já na representação, como ocorre na religião, o sujeito não pode captar todo o real, que pode apenas ser representado, pois está fora do pensamento e, assim, evidencia-se a cisão entre o pensar e o objeto. Por fim, o pensamento

³⁰ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 77-8.

³¹ Retomando os momentos da dialética, é necessário sair da tautológica posição $A=A$. Para tanto, faz-se a afirmação de que “A é”, ou seja, “o ser é”. Nesse momento, a cisão está introduzida no ser, e o predicado será a negação do “A” ou do “ser”. Assim, já se tem a totalidade, pois a afirmação de que “o ser é” algo, nega tudo aquilo que ele não é, nega-se o “não-ser”.

³² SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 85.

³³ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 93-4.

filosófico, o pensar do pensar (reflexivo), de modo conceitual, é capaz de dar razão de si mesmo, e tem a certeza de sua verdade³⁴.

Sabendo da racionalidade do real e da realidade do racional, ou seja, da coincidência entre o objeto e o pensamento, pode-se perceber, com maior clareza, o porquê da Lógica não ser simplesmente um instrumento do pensamento para captar a realidade, evidenciando-se a sua verdadeira natureza: é uma Ontologia³⁵.

Assim, chega-se à “suprema tarefa da filosofia”:

“a possibilidade da metafísica como saber, humano, rigoroso, do absoluto, como ciência, portanto saber refletido, que procede por exposição do absoluto, vale dizer: o saber da identidade do pensar e do ser, no plano do conceito ou no desdobramento dos seus momentos e do que nele se dá como condição do conhecimento”³⁶.

A noção de que a dialética é um método, composto pela tríade tese, antítese e síntese, aplicada ao objeto, leva igualmente a confusões, pois nessa perspectiva não passaria de um esquematismo, um molde para encaixar, arbitrariamente, toda e qualquer realidade. Seria algo externo, que não coincide com a proposta hegelina. O que realmente é importante à dialética especulativa é a suprassunção de diferentes momentos através da mediação, a qual inclui uma dupla negação, e a quantidade de momentos pode ainda ser desdobrada, como acontece em determinadas passagens da Lógica³⁷. “Método”, portanto, não pode

³⁴ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 95.

³⁵ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 96-7.

³⁶ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 79.

³⁷ A esse respeito, afirma KÉVERGAN o seguinte: "Mas o principal problema que o esquema 'tese-antítese-síntese' coloca não é o do número dos momentos. É que esse esquema leva a uma representação errônea da dialética. Primeiro, é lembrar que o termo 'dialética' designa a rigor apenas um momento, certamente capital, do processo lógico: o momento mediano, que se desdobra em mediatizado e mediatizante (SL., 3, 81), e que é o 'principio motor do conceito' (PPD, § 31, 140). Esse momento dialético (negativamente

ser entendido de modo tradicional, a exemplo do significado que adquire no âmbito das Ciências particulares, a saber, uma pré-compreensão e construção da *forma* a ser aplicada ao objeto de estudo, conformando-se o segundo ao primeiro.

Se a identificação de um método e uma metodologia é possível às Ciências particulares, à Filosofia e Filosofia do Direito se vislumbra como ilógica a determinação de um método *a priori* para conhecer o seu objeto, pois o seu objeto é, em primeiro lugar, o próprio pensar, que, como salientando, encontra como momento dialético em seu vir-a-ser a efetivação. Pensar um método de se pensar o pensar, pretender determinar os seus limites e condições, como a proposta da filosofia crítica inaugurada por KANT, em sua *Crítica da Razão Pura*³⁸, é um labirinto que o *entendimento* se lança, no qual não há fio de Ariadne que o salve. Na metáfora cunhada por HEGEL, “querer conhecer *antes* que se conheça é tão absurdo quanto o sábio projeto daquele escolástico, de aprender a *nadar antes de arriscar-se na água*”³⁹. Contudo, para não se perder em Cila nem em Caríbdis, há que se afirmar o compromisso da Filosofia como uma *ciência rigorosa*, sistemática, o que

racional) tende a ser negado, ou antes a se negar, trazendo à luz o momento especulativo (positivamente racional) no qual ele se ultrapassa (Encycl., 1, § 81-81, 343-344). Mas o principal inconveniente da imagem da síntese é ela parece pôr tese e antítese no mesmo plano, como se fossem duas quantidades de sinal oposto. Ora, no regime hegeliano, é sempre um dos dois membros da oposição que opera a *Aufhebung*, a superação/conservação desta, afirmando seu domínio sobre a outra. Por exemplo, na oposição da identidade e da diferença, é o primeiro desses termos, e não o segundo, que assegura a reunião dos dois: Hegel define o absoluto como “a identidade da identidade e da não-identidade” (Difference, 140), e não como sua diferença (que ele também é, não obstante em segundo plano). A *Aufhebung* hegeliana é o movimento sintético e ao mesmo tempo analítico, graças ao qual um termo de uma oposição conquista sua verdadeira identidade, jamais dada, assegurando-se do domínio sobre o seu outro, que, negando, ele promove à sua verdade. Cada um desses dois termos é negado ao mesmo tempo que conservado pela virtude dialética de um deles: bem o contrario de uma síntese artificial e indiferente.”, KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*. Trad. Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Loyola, 2008, p. 21-2.

³⁸ KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 2010.

³⁹ HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, cit., p. 50 [§ 10].

exige que as suas partes – tal qual a Filosofia do Direito o é – ao mesmo tempo se fechem como um círculo sobre si mesma, contendo a idéia filosófica em uma particular determinidade ou elemento, e que esse círculo também “rompa a barreira de seu elemento e funda uma esfera ulterior”, de modo que “o todo se apresente como um círculo de círculos”, sendo cada um dos quais “um momento necessário”⁴⁰.

Os §§ 79-82 da *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* contém, em resumo, a explicação do que é a dialética. Veremos a explicação dada por HEGEL, buscando clarificá-la:

“[§79] A lógica tem, segundo a forma, três lados: a) o *lado abstrato* ou do *entendimento*; b) o *dialético* ou *negativamente-racional*; c) o *especulativo* ou *positivamente racional*. Esses três lados não constituem três *partes* da Lógica, mas são *momentos* de *todo* [e qualquer] *lógico-real*, isto é, de todo conceito ou de todo verdadeiro em geral. Eles podem ser postos conjuntamente sob o primeiro momento – o do *entendimento* – e por isso ser mantidos separados uns dos outros; mas, desse modo, não são considerados em sua verdade. A indicação que aqui é feita sobre as determinações do lógico – assim como a [sua] divisão – está aqui somente [numa forma] antecipada e histórica”⁴¹.

Nesse primeiro parágrafo, HEGEL já apresenta a estrutura da dialética, composta pelos momentos indicados pelas letras ‘a’, ‘b’ e ‘c’. Ressalva, ainda, que se forem vistos a partir do *entendimento* e não da *Razão*, não estarão em “sua verdade”. Vejamos, então, o primeiro momento (‘a’):

“[§80] a) O pensar enquanto *entendimento* fica na determinidade fixa e na diferenciação dela em relação a outra determinidade; um tal Abstrato limitado vale para o pensar

⁴⁰ HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 55-8 [§14-8].

⁴¹ HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 159 [§79].

enquanto entendimento como [se fosse] para si subsistente e
essente”⁴²

Ora, no primeiro momento, imediato, todas as coisas são idênticas a si próprias, e essa identidade em-si é que permite dizer a coisa, ainda num momento do entendimento, ou seja: (A=A). O que o entendimento faz é comparar, separar, abstrair, analisar e classificar. O início do conhecer tem que se ater a essa fixidez e determinações, dizendo o que é isso ou aquilo. Ele pode determinar, então, que algo é igual a, ou seja, dizer que “o ser é”. Ao fazê-lo, já está tratando da totalidade, pois se algo é igual a (se “o ser é”), é diferente de todo o demais que não é ele mesmo. Assim, já se é levado ao segundo momento, ‘b’:

“[81] b) O momento dialético é o próprio supressumir-se de tais determinações finitas e seu ultrapassar para suas opostas⁴³”

⁴² HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 159 [§80].

⁴³ HEGEL ainda continua a explicação: “1º) O dialético, tomado para si pelo entendimento separadamente, constitui o *cepticismo* – sobretudo quando é mostrado em conceitos científicos: o *cepticismo* contém a simples negação como resultado do dialético. 2º) A dialética é habitualmente considerada como uma arte exterior, que por capricho suscita confusão nos conceitos determinados, e uma simples *aparência* de *contradições* entre eles; de modo que não seriam uma nulidade essas determinações e sim essa *aparência*; e ao contrário seria verdadeiro o que pertence ao entendimento. Muitas vezes, a dialética também não passa de um sistema subjetivo de balanço, de um raciocínio que vai para lá e para cá, onde falta o conteúdo, e a nudez é recoberta por essa *argúcia* que produz tal raciocínio. Em sua determinidade peculiar, a dialética é antes a natureza própria e verdadeira das determinações-do-entendimento – das coisas e do finito em geral. A reflexão é, antes de tudo, o ultrapassar sobre a determinidade isolada, e um relacionar dessa última pelo qual ela é posta em relação – embora sendo mantida em seu valor isolado. A dialética, ao contrário, é esse ultrapassar *imane*nte, em que a unilateralidade, a limitação das determinações do entendimento é exposta como ela é, isto é, como sua negação. Todo o finito é isto; supressumir-se a si mesmo. O dialético constitui pois a alma motriz do progredir científico; e é o único princípio pelo qual entram no conteúdo da ciência a *conexão* e a *necessidade imanes*tes, assim como, no dialético em geral, reside a verdadeira elevação – não exterior – sobre o finito”, HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 162-3. [§81].

Nesse segundo momento, chamado momento dialético⁴⁴ propriamente, a coisa é negada, pois $A=A$ é tautologia, não se diferencia e fica em si mesmo, indeterminado. Assim, a consciência tem a necessidade de perceber que a coisa é diferenciada também em-si, dizer que a coisa é não-identidade, diferença com ela mesma e nela mesma, ou seja, ela é contraditória em-si. É a passagem a sua oposição: (A é não-A, é B). No terceiro e último momento, o especulativo, há a negação da negação (referente ao segundo momento):

“[§82] c) O *especulativo* ou *positivamente racional* apreende a unidade das determinações em sua oposição: o *afirmativo* que está contido em sua resolução e em sua passagem [a outra coisa]”⁴⁵.

No terceiro momento, a nova determinação alimenta-se da auto-negação dialética dos opostos identificados um a outro, pois a identidade positiva de A se nega em B, e a de B se nega em A. A razão negativa medeia o entendimento e a razão positiva do especulativo, fazendo dos três momentos um único processo, que pode ser designado de processo dialético. Há, conseqüentemente, a identidade da identidade e da diferença, ou seja, passa-se da

⁴⁴ HEGEL, nos §§79-82 da *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, fala da diferença entre a dialética e o dialético. A primeira engloba todos os momentos do processo de negação e suprassunção, enquanto a segunda expressão significa o segundo momento do processo, cf. HEGEL, *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, V. I, *cit.*, p. 159-69. [§§79-82].

⁴⁵ Aqui, também, HEGEL estende a explicação: “1º) A dialética tem um resultado *positivo* por ter um *conteúdo determinado*, ou por seu resultado na verdade não ser o *nada vazio*, *abstrato*, mas a negação de *certas determinações* que são contidas no resultado, precisamente porque este não é um *nada imediato*, mas um resultado. 2º) Esse racional, portanto, embora seja algo pensado – também abstrato –, é ao mesmo tempo algo *concreto*, porque não é unidade *simples, formal*, mas *unidade de determinações diferentes*. Por isso a filosofia em geral nada tem a ver, absolutamente, com simples abstrações ou pensamentos formais, mas somente com pensamentos concretos. 3º) Na Lógica especulativa, a simples *Lógica de entendimento* está contida e pode ser construída a partir dela; para isso não é preciso senão deixar de lado o dialético e racional; torna-se assim o que é a *Lógica ordinária*, uma *história* de variadas determinações de pensamento reunidas, que em sua finitude valem por algo infinito”, HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 166-7. [§82]

identidade abstrata do entendimento à identidade concreta da razão⁴⁶. A é A e B, e, mais, A é a totalidade, que pode ser dialeticamente desdobrada em seus momentos.

Como salienta SALGADO, “o imediato é dado sem significado à consciência ou ao espírito”, e o mediato, por sua vez, “remete ao significado do que em si mesmo não tem a sua essência, a sua razão de ser, mas que remete a esse significado velado pela sua aparência”⁴⁷. Assim, tudo o que é captado pela consciência é mediatizado pelo pensamento, que nega a rudeza e exterioridade do dado sensível. Desse modo, a experiência para HEGEL é já a experiência da razão, o “estar presente da razão na realidade”, elevando-se a experiência sensível ao plano da experiência racional, portanto⁴⁸.

Toda a realidade, conseqüentemente, radica no pensamento, e o que o pensamento não capta simplesmente não existe⁴⁹. SALGADO esclarece a questão ao definir a experiência filosófica:

“é a experiência da razão, da idéia, a superação da experiência da consciência natural, da consciência empírica, na esfera da razão. A experiência filosófica implica, pois, o

⁴⁶ BOURGEOIS, *Le vocabulaire...*, cit., p. 22.

⁴⁷ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 59.

⁴⁸ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 59.

⁴⁹ “A experiência filosófica põe-se no nível da razão e não cuida de um objeto sensível, embora o objeto da filosofia não seja algo desprendido da realidade sensível. Isso porque o sensível não pode ter existência significativa ou consciente senão através do pensar, do intelecto (*nihil est in sensu quod non fuerit in intellectu*). Por isso Hegel afirma que o Espírito é a origem, é a causa do mundo, considerado não na forma de natureza puramente exterior, mas como mundo dotado de sentido, de significado, ou penetrado pelo pensamento e que se dá na consciência de si [...] Destarte, qualquer conteúdo de experiência, ainda que mero sentimento (jurídico, religioso, etc), ‘tem a sua raiz e sede apenas no pensar’. Por definição, a experiência é o que está na consciência, ainda que não tenha sido captado diretamente pelos sentidos (experiência sensível). É, ainda, sempre, experiência da própria consciência”, SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 61-2.

conceito de mediação, pela qual o imediato sensível é negado 'numa segunda realidade de modo que esta última não seja senão na medida em que se chegou a ela a partir de alguma outra coisa com relação a ela'. Ora, o que faz isso, o que torna possível esse elevar-se para uma segunda realidade, então mediatizada, e guarda em si o imediato de que partiu, é a negação do imediato. Essa negação somente um poder faz, o pensar [...] o que é possível pensar no sensível passa no segundo momento da mediação. Não que no plano do pensar se pudesse entender como excluído algo que existe no sensível, residual, e que, embora existindo, não pudesse ser captado pelo pensar. Seria o impensável. Mas desse não é possível falar; não há lugar para o absurdo, o impensável (Lima Vaz), o indizível"⁵⁰.

A partir disso, pode-se compreender a famosa frase, presente no Prefácio da *Filosofia do Direito*: "O que é racional é efetivo e o que é efetivo é racional"⁵¹. Pois o próprio HEGEL a explica na *Enciclopédia*:

"Essas proposições simples parecem chocantes a muitos; experimentaram hostilidade, inclusive por parte de pessoas que não querem que se ponha em dúvida que possuam a filosofia, e também, certamente, a religião [...] Na vida corrente, chama-se eventualmente 'uma efetivação' qualquer capricho; o erro, o mal, e o que pertence a esse lado das coisas – assim como qualquer existência, por mais mesquinha e transitória [que seja]. Mas, também, já para uma sensibilidade ordinária, uma existência contingente não merecerá o nome enfático de algo efetivo. O contingente é uma existência que não tem um valor maior que o de algo possível, que, assim como é, pode também não ser. Mas, se falei de efetividade, seria a pensar, de si mesmo, em que sentido eu emprego essa expressão; pois numa *Lógica* mais desenvolvida ([Ciência da Lógica, Teoria da Essência, seção III: a Efetividade]) tratei também de efetividade e logo a distingui, precisamente, não só do contingente, que sem

⁵⁰ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 60.

⁵¹ Também traduzida como "o racional é o real, e o real é o racional".

dúvida tem também existência, mas, com mais rigor, do ser-
aí, da existência, e de outras determinações. Já à *efetividade* do
racional se opõe tanto a representação segundo a qual as
idéias e os ideais não seriam nada mais que quimeras, e a
filosofia, um sistema de tais fantasmas, como também,
inversamente, a representação de que as idéias e os ideais
seriam algo demasiado excelente para ter efetividade, ou do
mesmo modo algo demasiado impotente para lograr
consegui-la”⁵².

1.1.3. Filosofia e Sistema: o silogismo dialético

Como ensina SALGADO, o caminho para o sistema de HEGEL pressupõe um percurso do Espírito que é tanto histórico quanto fenomenológico, e ambos levam à Lógica. O caminho histórico é compreendido pela objetivação do Espírito na história, ou seja, é a história da cultura humana – e, dentro dela, a história da filosofia – e tem como seus momentos o mundo oriental, quando se sabe que um é livre; o mundo grego, onde se descobre que alguns são livres; e o mundo germânico, de HEGEL, que culmina na Revolução Francesa, e, então, todos se sabem universalmente livres. A história da filosofia é marcada pela filosofia antiga, ou do objeto, e a moderna filosofia do sujeito, introduzida por DESCARTES. HEGEL dará o passo seguinte, inaugurando a filosofia especulativa. A história da filosofia chega aos insuperáveis dualismos de KANT – como Razão Prática e Razão Pura; *noumenon* e fenômeno; sensível e inteligível; causalidade e finalidade; objetivo e subjetivo *etc* – e não é capaz de atingir o saber absoluto. Essa será a missão de HEGEL.

O caminho fenomenológico, caracterizado como a ciência da experiência da consciência pelo sujeito, é aquele no qual o espírito subjetivo revela a sua estrutura como consciência: inicialmente, uma consciência imediata, que

⁵² HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, *cit.*, p. 45 [§6].

conhece o objeto e tem a certeza sensível; num segundo momento, a consciência-de-si, que retorna para pensar a si própria, fazendo-se objeto e refletindo sobre si mesma; por fim, a Razão, ou a consciência de si e para si, que se sabe como um Eu que é um Nós, e exige o saber absoluto⁵³:

“diante da contingência e aparente irracionalidade da história por força dos fatos isolados e singulares, a razão procura o seu sentido a partir da consciência de si mesma na experiência que faz de si mesma, ao fazer a experiência dos objetos que lhe opõem. A *Fenomenologia* é, pois, o caminho em que esse sacrifício da razão se mostra para chegar à sua auto-revelação, na forma da Idéia, cuja expressão é o sistema”⁵⁴.

No plano do objeto, tais momentos correspondem à experiência natural, à experiência científica e a experiência filosófica⁵⁵. O saber absoluto é o momento no qual há a superação entre a “certeza do sujeito e a verdade do objeto [...] no conceito de pensamento objetivo ou idéia”⁵⁶:

“A objetividade do pensamento objetivo é, pois, o pensar do objeto na sua estrutura real inteligível,[ou seja,] é a verdade. Nisso Hegel não diverge do pensamento clássico, segundo o qual o objeto é que dá a verdade do pensar. Pensar vazio não é a verdade. A dialética da certeza do sujeito e da verdade do objeto chega ao seu fim com a identificação desses dois aspectos do conhecer”⁵⁷.

A *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, obra que pretende conter todo o sistema hegeliano em resumo (ou compêndio), é dividida em três livros. O primeiro,

⁵³ Cf. SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 63. V., também, LABARRIÈRE, P.-J. *Introduction à une lecture de la Phénoménologie de l'esprit*. Paris : Aubier, 1979, p. 71.

⁵⁴ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 64.

⁵⁵ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 61.

⁵⁶ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 63-4.

⁵⁷ *Loc. cit.*

trata da Ciência da Lógica; o segundo, da Filosofia da Natureza; e, o terceiro, da Filosofia do Espírito, ponto de chegada do sistema. Como afirma SALGADO, “a Lógica é forma e a Filosofia da Natureza, conteúdo. A Filosofia do Espírito é a totalidade de forma e conteúdo. A Lógica, contudo, é já essa totalidade de forma e conteúdo”⁵⁸.

Interessa, ao nosso trabalho, a esfera da *Lógica do Conceito*⁵⁹, na qual três momentos são significativos para a compreensão da necessidade como momento em si da liberdade: o juízo necessário, o silogismo necessário e a passagem para a objetividade da *Lógica do Conceito*, cujo momento da teleologia marca o trânsito para a idéia.

O juízo (*Ur-teil*) é a cisão que permanece dentro do próprio conceito, que está na própria origem e pressupõe o conceito como totalidade imediata. É a estrutura lógica pela qual o infinito estabelece o finito na diferença que lhe é absolutamente interna, para depois reformar a unidade do conceito, por meio da pluralidade, no silogismo. Recupera-se assim, no silogismo, a unidade dividida pelo juízo⁶⁰.

Na *Lógica do Conceito Subjetivo* reproduz-se a estrutura da *Lógica* mesma: a) momento da imediatidade do conceito (O Conceito como tal); b) o momento do juízo; e c) o do silogismo. Em relação ao juízo e ao silogismo, distingue-se o momento da existência (*Dasein*), ou o do saber comum; o juízo reflexivo (juízo do saber científico), colocando em primeiro plano a *essência*; e o necessário (juízo do

⁵⁸ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 66. Não nos convence a proposta de morte da Ontologia, pois esta é exatamente a tarefa da Filosofia e da Filosofia do Direito como uma de suas partes: dizer o ser do Direito, o que ele é. A recusa a qualquer metafísica, paradoxalmente, é uma postura metafísica: ela é incontornável.

⁵⁹

⁶⁰ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 167.

saber filosófico), que é o momento de unidade completa do conceito, visto ser o silogismo a forma própria do pensar dialético.

A passagem do juízo para o silogismo dá-se quando o sujeito e predicado alcançam uma unidade universal, na forma do juízo necessário, em que a particularidade do conceito (o juízo) volta à sua universalidade, integrando os três momentos. Enquanto no juízo a união débil (o “é”) do conceito – que é tanto sujeito como predicado – se faz por momentos separados (universal, particular e singular), no silogismo há a presença, num único movimento circular, dos momentos universal particular e singular⁶¹.

Hegel nos apresenta os seguintes exemplos de silogismos em sua *Lógica*:

Silogismo imediato (U-S-P): “O indivíduo humano (o singular), por meio do seu trabalho (o particular), torna-se um membro útil da sociedade (o universal)”.

Silogismo da reflexão (U-S-P): “O cumprimento dos deveres cívicos (particular) de todos os cidadãos (singular) faz o Estado (universal)”.

Silogismo necessário:

a) *Categórico (S-P-U)*: “O indivíduo (singular), para realizar sua natureza racional (particular), deve se submeter a uma regra universal”.

b) *Hipotético (U-S-P)*: “A ordem moral universal, se se quer que ela seja uma ordem racional (particular), deve ser mediatizada pela atividade voluntária dos indivíduos (singular)”.

⁶¹ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 170. O Silogismo não é simples encadeamento silogístico formal, sem nada ter com o conteúdo racional. Todo real só se dá na forma do silogismo, pois o real é que tem a estrutura do silogismo enquanto totalidade; “o silogismo é o fundamento essencial de tudo o que é verdadeiro”, é o absoluto.

c) *Disjuntivo (S-U-P)*: “Um bom Estado consiste tanto de suas boas instituições como da boa vontade de seus cidadãos”

Percebe-se, pois, que é no silogismo necessário que se dá a transparência total dos momentos do conceito subjetivo: singular, particular e universal. Cada um desses momentos do conceito revela-se como interno e passando um no outro, através da posição mediadora ou como termo médio do silogismo. O conceito subjetivo aparece assim na sua racionalidade plena, pois a ligação dos extremos do silogismo é completa e circular, na medida em que cada termo desempenha a função de termo médio. Isso pode se verificar nos três tipos de silogismo necessário (categórico, hipotético e disjuntivo)⁶².

No plano do silogismo coloca-se o pensamento de HEGEL na estrutura do sistema. A unidade dada pelo silogismo, internamente afinado com o modo dialético do pensar da razão, encontra sua adequação maior no mundo humano, na história, precisamente no direito, forma de realização e objetivização da liberdade do conceito na estrutura de totalidade do silogismo. No Estado, o conceito realiza-se ou mostra-se como o real e o racional. O silogismo traduziu a natureza sistemática do conceito, sem a qual é impossível pensar a unidade na multiplicidade. A passagem do conceito subjetivo para o plano da objetividade traz, em consequência, um enfraquecimento dessa natureza sistemática do conceito, não, porém, uma perda substancial, pois não há reversão ao momento anterior, e sim incessante progressão.

O *objeto*, segundo momento da *Doutrina do Conceito*, divide-se em mecanismo, quimismo e teleologia. No mecanismo, o mundo aparece como conjunto de leis separadas. É o âmbito da ação violenta dos elementos uns sobre os outros, separando os elementos químicos infinitamente. O quimismo realiza a

⁶² SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 170-1.

unidade dessas partes que se chocam, pressupõe, portanto, o mecanismo. Ambos guardam em si uma exterioridade nos respectivos processos, ou seja, não há perfeita explicação na forma da razão; algo permanece lacunoso no pensamento, fora dele e não explicável. No mecanismo e quimismo, há o pressuposto do “acaso cego”: tem como resultado a fusão neutra dos elementos, e como pressuposto a sua infinita transformação. Relação externa de causa e efeito, eis o que caracteriza esses dois modos do pensar sistemático da realidade. Como é possível interiorizá-la⁶³.

A noção de *fim (telos)*, já amplamente estudada em KANT⁶⁴, traz a noção de interioridade novamente à consideração, porque no *fim* o processo parte da própria natureza do objeto e não do exterior como no mecanicismo e quimismo, em que vigora o princípio do determinismo mais rigoroso, o qual não se confunde evidentemente com o que Hegel concebe como necessidade. Quando HEGEL trata da finalidade está discorrendo sobre uma forma do pensar sistemático em que o processo do real tem certa autonomia. O processo (fim subjetivo ou o fim no sujeito que determina a sua ação, o meio e o fim realizado) forma uma totalidade em que o movimento se inicia e termina no próprio processo. É o movimento próprio do mundo humano, como o mecanismo e o quimismo mostram o movimento próprio da natureza, sempre caracterizada por certa exterioridade ou opacidade na inteligibilidade do racional.

No mundo humano a dialética da razão ou o momento racional e livre mais nitidamente se manifesta, pois, no âmbito da ação do homem pelo trabalho, no domínio da natureza, e da ação do homem na organização da sociedade, é a liberdade que atua, e o faz por meio da noção de finalidade. A natureza só pode

⁶³ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 174.

⁶⁴ V. KANT, Immanuel. *Kritik der Urteilskraft*. Stuttgart: Reclam, 2011, especialmente a segunda parte, *Kritik der teleologischen Urteilskraft* [§ 61-78].

ser plenamente vista no seu conceito, na sua verdade: *o Espírito* – lugar privilegiado da finalidade, a qual é o resultado do mecanismo e do quimismo. Mesmo se se pudesse conceber o mundo do Espírito como uma ação mecânica dos seus elementos, uma infinidade de fins e meios que se substituem, o resultado é a verdade prevalecente da idéia, da unidade livre, alcançada pela astúcia da razão: ela deixa uns usarem os outros num processo que tem como resultado o seu fim.

HEGEL quer demonstrar que a noção de finalidade está totalmente dentro do agir humano – é interioridade. Finalidade realiza-se na natureza pela relação de meio e fim posta pelo trabalho. Trabalho é a ação mediadora do fim realizado. Ele realiza a identidade do fim pela ação. Mas não é fim em si mesmo, pois, se fosse, a história seria um infinito, mas não um infinito da idéia, uma sucessão de fatos infinitos e não um processo em que se revela o Espírito.

Na noção de *fim*, HEGEL encontra o modo pelo qual o conceito chega à cumeada do seu desenvolvimento: a Idéia, a identidade da identidade e da não-identidade no seu momento de verdade ou especulativo, o absoluto.

LIMA VAZ, assumindo a dialética hegeliana, organiza a sua ética sistemática a partir da lógica apresentada ⁶⁵. O agir ético é percebido, estruturalmente, em seu aspecto subjetivo, intersubjetivo e objetivo, e cada qual destes três momentos em sua universalidade, particularidade e singularidade (universal concreto). A própria estrutura subjetiva, intersubjetiva e objetiva funciona como um silogismo con-clusivo, ou seja, que se fecham conjuntamente, reciprocamente.

À *universalidade* do agir ético, LIMA VAZ atribui a própria razão prática, entendida num duplo sentido: a) como predicado empiricamente verificável do

⁶⁵ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia V – Introdução à Ética Filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

agente ético, pois seus atos e hábitos são regulados por normas e valores do *ethos*; e b) como construção no processo histórico-cultural da Ética como ciência, constituindo-se como *episteme*, a partir da razão demonstrativa⁶⁶.

A *particularidade* do agir ético, da razão prática, apresenta-se como um tópico dos mais controvertidos no estudo da Ética, pois aí intervêm fatores contingentes e para-rationais, ameaçando “o ideal de um agir inteiramente penetrado de razão”, que “guiou a busca socrática da *virtude-ciência* e pairou sempre sobre o itinerário platônico”⁶⁷. Segundo o filósofo:

“Sendo o exercício da Razão prática, por definição, um ato racional e livre, ele encontra sua gênese dialética no nível de uma *universalidade* abstrata em que tem lugar a *intuição* dos princípios normativos mais gerais do agir, a *inclinação* da vontade para o Bem universal e a *atuação* do hábito inato (*sindérese*) que orienta esses princípios para a ação concreta. Entre os princípios universais e a ação singular introduz-se justamente o momento *mediador* da *particularidade*, no qual razão e vontade se vêem diante de um *bem* particular”.

O particular aparece como o meio escolhido que levará ao fim pretendido:

“Se considerarmos, por outro lado, o desdobramento efetivo da Razão prática segundo sua estrutura teleológica ou seu finalismo, ou seja, enquanto a sinergia da razão e da liberdade visa à consecução de um *bem* como *fim* do agente, notamos que no momento da *particularidade* a deliberação e a escolha têm em vista prioritariamente o *caminho* para o fim ou os *meios* que a ele conduzem. Nesse sentido trata-se de um momento *mediador* não apenas como intermediário entre a universalidade e a singularidade no nível do movimento conceptual da razão prática, mas também

⁶⁶ LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia V...*, cit., p. 26-7.

⁶⁷ LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia V...*, cit., p. 38-9.

*objetivamente, enquanto podera e escolhe os bens que são meios para alcançar o bem final*⁶⁸.

Por fim, a *singularidade* – o universal concreto – ou seja, o percurso dialético que vai da universalidade abstrata, passando pela particularidade, até ao ato de adesão e atualização como *causa sui*, posto que ato livre, constituído pela dialética da inteligência e da vontade – a primeira *informando* a vontade, e a vontade *movendo* a inteligência – é capaz de se autodeterminar a si, dando as razões de seu agir. Assim,

“A plena efetivação da sinergia entre inteligência e vontade define exatamente o agir ético na totalidade de seus momentos ou em sua *singularidade* como concretização da *universalidade* abstrata dos princípios (inteligência) e da inclinação ao Bem (vontade), pela *mediação* na linha das causas da prudência (*phróneis*) e do livre-arbítrio, e pela *mediação* da *situação* do agente na linha das condições.⁶⁹”

E conclui:

“O exercício da Razão prática cumpre-se como um ato indissolúvelmente racional e livre, definindo-se no sentido mais rigoroso da expressão como o ato *humano* por excelência, que nenhuma simulação ou modelo pode imitar ou reproduzir: em sua, o ato *moral*”⁷⁰.

Em seguida, LIMA VAZ continua a acompanhar o *mo(vi)mentum* dialético nas estruturas da intersubjetividade ética, em que há a abertura ao outro e o *eu* aparece em sua concreção como um *nós*; e da objetividade ética, onde aparece o direito, nos seus momentos universal, particular a singular⁷¹. Aqui se conclui o sistema ético de LIMA VAZ, sistema silogístico em que os momentos são recuperados uns nos outros, ou melhor, *suprassumidos*.

⁶⁸ LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia V..., cit.*, p. 45.

⁶⁹ LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia V..., cit.*, p. 51.

⁷⁰ LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia V..., cit.*, p. 51.

⁷¹ V. LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia V..., cit.*, p. 67-139.

LABARRIERE & JARCZYK, em interessante trabalho sobre o *Silogismo do Poder*⁷² em HEGEL, demonstram como o Estado, ponto de chegada do espírito objetivo, apresenta os seus momentos internos igualmente na forma de um silogismo conglobante, em que cada um dos seus termos permite a passagem para o outro, ou seja, trata-se de um silogismo de silogismos, que funciona como um fechamento, como “conclusão de conclusões”⁷³, em consonância com o apresentado na *Lógica*, como salienta PEPERZAK:

“um sistema de três *Schlüsse*’ (silogismo, conclusões ou conclusões [co-fechamentos]), e.g., um silogismo no qual cada termo é ao mesmo tempo um dos termos ‘extremos’ (ou opostos e mediatizados) e o termo do meio para os outros dois”⁷⁴.

Isso se dá porque, para uma totalidade verdadeira e absoluta, não é suficiente apresentá-la na tradicional forma silogística:

“para manifestar a sua autarquia, nós devemos mostrar que todos os seus momentos constitutivos incluem um ao outro, independentemente dos outros termos fora do conceito da sua união. Isso pode ser feito demonstrando que cada termo funciona como um termo médio para os outros dois. Se isso for alcançado fica claro que os três momentos não precisam de nada mais para ser o que são, e para constituir a totalidade que compõem”⁷⁵.

⁷² LABARRIÈRE, Pierre-Jean; JARCZYK, Gwendoline. *Le syllogisme du pouvoir – y a-t-il une démocratie hegelienne ?* Paris : Aubier, 1989.

⁷³ V. BAMBIRRA, Felipe M.; SILVA, Nathália L. A Teoria da Constituição em Hegel: a divisão dos poderes na Filosofia do Direito. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, 2011.

⁷⁴ PEPERZAK, *Modern Freedom...*, cit., p. 560, no original: “a system of three *Schlüsse*’ (syllogisms, conclusions or con-closures), i.e., a syllogism in which each term is at the same time one of the ‘extreme’ (or opposed and mediated) terms and the middle term for the other two”.

⁷⁵ PEPERZAK, *Modern Freedom...*, cit., p. 561, no original: “In order to manifest its autarchy, we must show that all its constitutive moments include one another

Analogamente ao que se passa no Estado – já tratado por HEGEL como o cume do *espírito objetivo*, e assumido em nosso trabalho – também o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e fundamentais, os sistemas regionais e a própria proteção estatal a esses direitos, funcionam como um sistema protetivo dos direitos humanos, numa relação silogística, como defenderemos ao longo dos próximos capítulos.

1.2. A HISTORICIDADE DA RAZÃO E A RACIONALIDADE DA HISTÓRIA: O DESENVOLVER DA CULTURA JURÍDICA

a) A compatibilidade entre razão e história

O mundo ético, no qual o Direito não só é parte, mas apresenta-se na contemporaneidade como sua maior expressão⁷⁶ – na medida em que os indivíduos são tratados como titulares de direitos subjetivos, reconhecidos objetivamente e garantidos através da *actio*, sem depender da vontade do outro para o cumprimento do *devido*, e igualmente pela coordenação de valores de cumeada de uma cultura, buscando harmonizá-los e realizá-los da forma mais plena possível – desenvolve-se através do tempo, buscando suprassumir as irremediáveis contradições que contêm, momento em que, então, dá lugar a outras negações, num processo infinito. Acerca da tessitura da história⁷⁷, a filosofia

independently of other terms outside the concept of their union. This can be done by showing that each term functions as the middle term for the other two. If this is accomplished it is clear that the three moments do not need anything else to be what they are and to constitute the totality whose components they are”.

⁷⁶ V. SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁷⁷ O presente tópico, objeto de pesquisa durante os Seminários Hegelianos no período de 2010-2012, coincide em parte com o nosso artigo publicado, onde se encontra ainda aclarada questões acerca da metodologia da História para HEGEL: BAMBIRRA, Felipe Magalhães. A metodologia hegeliana do estudo da História e do Estado: a ascensão

hegeliana indica como que a partir de um material primário – os relatos elaborados por aqueles que vivenciaram os fatos – desenvolve-se uma espiral que vai se sofisticando, passando para uma história refletida, que já sabe de si e se reelabora a partir de conceitos, e alcança, em seu cume, a história propriamente filosófica. O objetivo de HEGEL é a compreensão da complexidade do caminhar do espírito pelo mundo a partir de uma filosofia histórica, que é também uma história filosófica, e assim deve dar conta tanto do que aparentemente é contingente, como do essencial, o racional, enfim, o real. E HEGEL foi o filósofo que primeiro elaborou sistematicamente o significado da história para a Filosofia⁷⁸ – de forma bastante aguçada e sofisticada.

A racionalidade, palavra utilizada desde os gregos para expressar ao mesmo tempo a capacidade humana de pensar, falar e demonstrar (*logos* epistémico), tem sido utilizada desde então como determinante fundamental na definição do conceito de homem⁷⁹. Na Grécia, já é patente a dualidade lógica entre a inteligibilidade da natureza, a qual o homem necessita dominar, e a da cultura, cuja normatividade impõe-se através do *ethos*, em suas mais diversas manifestações. Apesar da cisão, há irremediavelmente presente um princípio de unificação – como o *nous* de ANAXÁGORAS, o *logos* de HERÁCLITO e a essência de PARMÊNIDES, quem identifica o ser com o pensar⁸⁰. E, mesmo após a revolução

dialética no embate entre a Razão e a Paixão. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, v. 1, p. 5161-75.

⁷⁸ É a partir de HEGEL que se insere, no plano filosófico, de modo definitivo, a relevância e sistematização da história, bem como sua função dentro da Filosofia, ou seja, do aparecimento e desenvolvimento do Espírito.

⁷⁹ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética & Direito*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 39.

⁸⁰ A dialética hegeliana será construída tendo por base a filosofia eleática, de PARMÊNIDES, e a mobilista (escola jônica), de HERÁCLITO. PARMÊNIDES, ao afirmar que “o ser é, o não-ser não é”, demonstra com clareza a cisão do real que, por imposição lógica do predicado, para ser apreendido, tem de ser algo diferente de si mesmo, é dual, cindido, pois não

sofística há o grande esforço socrático para unificar novamente o *logos*, ainda em seu momento *em-si*⁸¹. Aparecem as díades: real e aparente, essência e existência, mundo natural e mundo ético, liberdade e necessidade.

É essa fissura ontológica que KANT aprofundará ao analisar as duas formas distintas que a Razão se estrutura para conhecer o *phenomenon* ou o *noumenon*, na *Crítica da Razão Pura*⁸² e *Crítica da Razão Prática*⁸³, mas, em todo caso, mantendo a *coisa-em-si* inatingível, impenetrável ao pensar. Como afirma SALGADO, “a partir de Kant, maduro e claro ficou o problema do dualismo entre necessidade do mundo natural e liberdade do mundo ético, cuja solução passou a ser tarefa urgente da filosofia”⁸⁴.

Foi, porém, apenas a partir do século XIX, com a busca de superação desse pensamento contido no arco histórico que vai de DESCARTES a KANT, que se desenvolveu a consciência de que a razão é intrinsecamente, ontologicamente, histórica⁸⁵. Se até este ponto acreditava-se numa descoberta ou no constante desvelamento da razão – razão esta *a priori*, objeto dado, somente passível de seu

basta dizer que o ser é ele mesmo, ele tem que ser algo mais, algo outro, para ser explicado. Além disso, PARMÊNIDES afirma que “é o mesmo o ser e o pensar”, e, posteriormente, HEGEL afirmará que “nada está fora do pensamento”. De HERÁCLITO, HEGEL utilizará da doutrina do *Panta Rei*, vale dizer, tudo está num fluxo contínuo, o real é movimento. Assim, a dialética hegeliana será o movimento do real a partir de si mesmo, de suas cisões, cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *Notas de aula dos Seminários Hegelianos*, desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, em 2008; e MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 9. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 36. V., ainda, nossa Dissertação de Mestrado: BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental...*, cit.

⁸¹ V. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 420-5; HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 19.

⁸² KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, cit., p. 322-45.

⁸³ KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 2010.

⁸⁴ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel*, cit., p. 17.

⁸⁵ HEGEL, *Enciclopédia...*, V. I, cit., p. 166-9 [§82].

próprio autoconhecer – através do tempo a partir de tentativas, erros e acertos, percebeu-se, então, que a razão, na busca de seu *se conhecer*, constrói-se ativamente, a partir de premissas e expectativas que colorem o seu *ser-aí*.

O desafio de HEGEL será este: retomar a unidade na multiplicidade do *logos*, mas não através de um pressuposto ou ato de vontade – uma vez que filosofia é incompatível com dogmas e verdades apodíticas – senão a partir da própria demonstração de como o pensamento, a consciência, o real e o verdadeiro se mostram em sua realidade, ou melhor, em sua efetividade⁸⁶. Não se trata de submeter o pensamento a uma crítica, para saber seus limites e possibilidades, pois o *logos*, para HEGEL, permeia toda a realidade, e, logo, há uma identidade entre o real e o racional. Assim, “o método não é outra coisa que a estrutura do todo, apresentada em sua pura essencialidade”⁸⁷.

À Filosofia incumbe a tarefa de captar esse real enquanto totalidade e sistema⁸⁸, penetrar na estrutura do *logos*, e, conseqüentemente, do real, da maneira em que ele se apresenta: enquanto automovimento. Através do movimento dialético pode-se compatibilizar a tensão evidenciada pelo relativismo e ceticismo⁸⁹, entre a verdade, com sua pretensão lógica à eternidade e imutabilidade, e seus vários momentos de manifestação através das diversas

⁸⁶ A distinção entre realidade (*Realität*) e efetividade (*Wirklichkeit*), resumidamente, é que o primeiro vocábulo significa o real de modo sensível e estático, enquanto o segundo é o real em seu automovimento, produzindo seus efeitos. Cf. SALGADO, Notas de aula dos Seminários Hegelianos, *cit. V.*, também, BOURGEOIS, *Le Vocabulaire...*, *cit.*, p. 24-6.

⁸⁷ HEGEL, *Fenomenologia do Espírito*, *cit.*, p. 53.

⁸⁸ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, *cit.*, p. 17.

⁸⁹ O ceticismo, tratado por Hegel no capítulo da Consciência Infeliz, na *Fenomenologia do Espírito*, é a experiência efetiva do que é a liberdade do pensamento, enquanto momento negativo, que “aniquila o ser do *mundo multideterminado*; e nessa multiforma figuração da vida, a negatividade da consciência-de-si livre torna-se a negatividade real”, cf. HEGEL, *Fenomenologia...*, *cit.*, p. 155.

correntes de pensamento filosófico, vale dizer, a historicidade da filosofia. Afinal, para HEGEL, a filosofia e o real aparecem como o processo

“que produz e percorre os seus momentos; e o movimento total constitui o positivo e sua verdade. Movimento esse que também encerra em si o negativo, que mereceria o nome de falso se fosse possível tratar o falso como algo que se tivesse de abstrair”⁹⁰.

A aporia entre verdade, com pretensão de imutabilidade e eternidade, e historicidade, é resolvida compreendendo que várias filosofias de maneira geral perfizeram, consideradas reciprocamente, um corte na realidade, captando-a de maneira estática e analítica, e, portanto, abstrata, tal qual a filosofia kantiana. Aparecem, no desenvolver-se do pensamento, como momentos negativos, operando a cisão no objeto, para que então possam, a partir da mediação consigo mesmos, suprasumirem-se ⁹¹. Veja-se, portanto, que se trata de momento fundamental, necessário ao movimento do real. Conhecimento mediatizado pela ciência de seu tempo, a Filosofia justifica-se como o saber radical da totalidade, produzida pelo Espírito na história a partir desta espiral dialética, em os momentos anteriores são assumidos no movimento de suprasunção, e, assim, nada se perde: a filosofia é o absoluto saber do absoluto⁹².

Filosofia e história são, para HEGEL, logicamente compatíveis, na medida em que esta é produzida pelo homem, cuja essência é a razão. A história não é, portanto, um amontoado aleatório de fatos que se sucedem no tempo, sem qualquer laço que lhe confira o caráter racional. Produzida por seres de razão, esta também terá nela espelhada o *logos*. Na compreensão da unidade entre o lógico,

⁹⁰ HEGEL, *Fenomenologia...*, cit., p. 53.

⁹¹ V. SANTOS, José Henrique. *O Trabalho do Negativo: Ensaio sobre a Fenomenologia do Espírito*. São Paulo: Loyola, 2007.

⁹² SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 19.

que é transcendente, e do histórico, imanente, é que reside a grandeza e profundidade do pensamento hegeliano⁹³.

Não é o caso de se entender o homem abstratamente, como razão pura, excluindo assim seus desejos, paixões e impulsos. HEGEL é avesso às abstrações, e pretende captar o real como ele aparece, com suas multideterminações. Por isto, “explicar a história significa descobrir as paixões do homem, seu gênio, suas forças atuantes”⁹⁴.

HEGEL tampouco se refere ao tempo cronológico, dado pela irrefletida sucessão encadeada de fatos, mas ao tempo próprio da cultura, aquele tempo que o movimento dialético necessita para realizar-se. Trata-se, portanto, de perceber a lógica através da reflexão e significados dos fatos históricos, e não apenas destes fatos *em-si*, empiricamente considerados, mas *para nós*. É preciso ter a paciência do conceito⁹⁵, ou seja, ter consciência de que o automovimento do real distende-se temporalmente, no *tempo da cultura*, e não do indivíduo, pontualmente situado – e daí a impaciência daqueles que se queixam da inefetividade do real, tendo em perspectiva o contingencial empírico.

A história universal⁹⁶, nos dizeres de HEGEL, “é a representação do espírito no esforço de elaborar o conhecimento de que ele é em si mesmo”⁹⁷. E a

⁹³ SALGADO, *Notas de aula dos Seminários Hegelianos*, cit.

⁹⁴ HEGEL, G. W. F. *Introdução à História da Filosofia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 20.

⁹⁵ LEBRUN, Gérard. *La patience du Concept: Essai sur le discours Hégélien*. Paris: Gallimard, 1992.

⁹⁶ O primeiro curso acerca da Filosofia da História foi oferecido em Jena, em 1805, ou seja, 2 anos antes da primeira publicação da Fenomenologia do Espírito. Entretanto, foi somente em Berlim, entre 1819 e 1831, momento em que o curso foi interrompido pela sua morte, que HEGEL ofereceu regularmente esta disciplina. A Filosofia da História é obra póstuma, publicada pela primeira vez em 1837, a partir de esquemas e anotações de aulas, e, pouco depois, uma versão maior, a qual se considera mais fidedigna, foi editada por

essência do espírito – note-se, aqui, a grandeza da filosofia hegeliana – é a própria liberdade, e, por isto, todas as propriedades que nesse se possa identificar só existem mediante ou como meio para realizá-la: “a liberdade é a única verdade do espírito”⁹⁸. Ela será o conhecer-se do espírito, de sua essência, a liberdade. E será assim justificado o itinerário seguido por HEGEL na obra referida, que tratou, primeiramente, do mundo oriental, seguido do mundo grego e, posteriormente, do mundo romano, para apresentar seu ponto de chegada, o mundo germânico:

“Os orientais ainda não sabem que o espírito, ou o homem como tal, é livre em si mesmo; e porque não o sabem, eles não o são. Eles sabem apenas que só *um* ser humano é livre, mas por isso mesmo tal liberdade é apenas arbitrariedade, barbárie e embrutecimento reprimido, ou suavidade da paixão, mansidão dessa mesma paixão, que é apenas contingência da natureza ou capricho. Esse *único* é, conseqüentemente, um déspota, e não um homem livre. Só entre os gregos é que surgiu a consciência da liberdade, e por isso eles foram livres; mas eles, bem como os romanos, sabiam somente que *alguns* eram livres, e não o homem como tal. Nem mesmo Platão ou Aristóteles o sabiam. Destarte, os gregos não apenas tiveram escravos, como suas vidas e existência de sua agradável liberdade estavam ligadas a isso. Além disso, sua liberdade em parte não era senão uma flor ocasional, passageira e limitada, e em parte a cruel servidão do homem, do ser humano. Só as nações germânicas, no cristianismo, tomaram consciência de que o homem é livre

KARL, filho de HEGEL. É uma obra que se encontra no período de maturidade do pensamento hegeliano, mas que nunca foi, de fato, escrita como um todo orgânico. V. HARTMAN, S. Robert. Introdução, *in*: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na História: uma introdução geral à filosofia da história*. Trad. Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001, p. 43; NUZZO, Angelica. Hegel’s Method for a History of Philosophy: The Berlin Introductions to the Lectures on the History of Philosophy (1819–1831), *in*: DUQUETTE, David (Org.). *Hegel’s History of philosophy: new interpretations*. New York: State University of New York Press, 2003, p. 19.

⁹⁷ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 24.

⁹⁸ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 23-4.

como homem, que a liberdade do espírito constitui a sua natureza mais intrínseca. Essa consciência desenvolveu-se, inicialmente, na religião, na mais íntima região do espírito”⁹⁹.

É certo que não basta a intuição ou mesmo a consciência da liberdade como essência do homem para que se verifique sua penetração e atuação no mundo. Para isso, é necessário um longo e penoso esforço, e este esforço constitui, tece penosamente as tramas da história. A liberdade guarda, em si, a necessidade de tornar-se consciente e realizar-se efetivamente, afinal, ela é o conhecimento do homem de sua essência, de si. Afirma HEGEL que tudo na história, portanto, “convergiu para esse objetivo final; todos os sacrifícios no amplo altar da Terra, através dos tempos, foram feitos para esse objetivo final”¹⁰⁰, através dos *indivíduos históricos universais*, e, finalmente, dos Estados.

b) O *pathos* como motor da história: trabalho do negativo e astúcia da razão

Ao olhar os grandes feitos e eventos históricos, podemos nos convencer de que o impulso da história é dado exatamente pelo oposto deste princípio de razão, ou seja, conjecturas *sui generis*, brigas de poder, interesses e, em suma, paixões. Os momentos trágicos da história, que englobam a destruição de grandiosas obras, a ruína de culturas e civilizações inteiras e o apocalipse trazido pelas constantes guerras, não parecem, de modo algum, reafirmar a razão ou a liberdade. E quando observamos “a história como esse matadouro onde foi imolada a sorte dos povos, a sabedoria dos Estados e a virtude dos indivíduos”¹⁰¹, tende-se a compreendê-la como um grande acaso, uma sucessão de acidentes e contingências, sem qualquer rumo pensável.

⁹⁹ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 25.

¹⁰¹ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 26.

Entretanto, pela própria lógica dialética, e o importante trabalho que o negativo nela desempenha, à efetividade da Razão no mundo é necessário não apenas a consciência da liberdade, que aparece como um princípio – e, assim, ainda abstrato –, ou como um universal, mas também o particular, que, através da sua negação e suprassunção, torne-se universal concreto.

A paixão, os interesses particulares que movem os homens¹⁰², são essenciais para a realização da razão na história. Afinal,

“Fins, fundamentos, etc. estão em nossos pensamentos, em nossas intenções, mas não na realidade ainda. O que é em si é uma possibilidade, uma capacidade, que de seu interior ainda não atingiu a existência. Tem de advir um segundo momento para se realizar, e esse momento é a atividade, a realização, cujo princípio é a vontade, a própria atividade humana”¹⁰³.

Nós, homens, somos homens particulares, cada qual com as suas características próprias, e empenhados não somente num interesse geral, mas principalmente em nossas necessidades e interesses. E, para realizá-los, sobretudo no âmbito político, na maioria das vezes é preciso concentrar todas as energias disponíveis, negligenciar uma infinidade de outras opções e abdicar do que se

¹⁰² Hegel traz as seguintes considerações, esclarecedoras, sobre a utilização do termo paixão: “Paixão não é exatamente a palavra apropriada para o que quero exprimir aqui. É que entendo a atividade humana como derivada de interesses particulares, de fins especiais ou de intenções egoístas, na medida em que o ser humano aplique nesses objetivos toda a energia de sua vontade e caráter, sacrificando tudo o mais que pudesse vir a ser também um fim. Esse conteúdo particular é tão unido com a vontade do homem que se funde na determinação total do mesmo, sendo dele indivisível; assim, ele é o que é. [...] Portanto, direi paixão no sentido de determinação particular do caráter, de modo que essas determinações do querer não tenham somente conteúdo particular, mas constituam o estimulante e o atuante de ações gerais. Paixão é o lado subjetivo, formal, da energia, da vontade e da atividade, no qual o conteúdo ou o objetivo ainda permanecem indeterminados. O mesmo se encontra na própria convicção, no próprio pensamento e na própria consciência”, cf. HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 28-9.

¹⁰³ HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 29.

considera menor, canalizar todo seu ser em prol da realização de um objetivo reputado como supremo, ainda que se tenha que desconsiderar todos os limites que o direito ou a moralidade tentam impor¹⁰⁴. Por isto, HEGEL afirma que “*nada de grande acontece no mundo sem paixão*”¹⁰⁵, e é “*essa imensa quantidade de vontade, interesse e atividade [que] constitui os instrumentos e os meios do espírito universal para realizar o seu objetivo; para trazê-lo à consciência e para concretizá-lo*”¹⁰⁶.

Quando, entretanto, realizamos algo para suprir nossas necessidades e vontades, esta ação carrega *em-si* mais do que aquilo que é intencionado de modo imediato e conscientemente. De maneira análoga, também a história universal resulta deste algo além do intencionado¹⁰⁷. Afinal, apesar dos objetivos finitos e interesses específicos, o homem, racional que é, impregna estas suas intenções de conteúdos gerais, universais, como o bem, o direito, o dever, a honra, *etc.*, pois “*a mera cobiça, a selvageria e a rudeza do querer são estranhas à cena e à esfera da história universal*”¹⁰⁸. Nestes momentos, o conteúdo destes universais passa a ser

¹⁰⁴ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 26.

¹⁰⁵ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 28.

¹⁰⁶ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 29.

¹⁰⁷ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 31.

¹⁰⁸ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 32. No mesmo sentido, HEGEL também afirma que “*o interesse particular da paixão é, portanto, inseparável da participação do universal, pois é também da atividade do particular e de sua negação que resulta o universal. É o particular que se desgasta em conflitos, sendo em parte destruído. Não é a idéia geral que se expõe ao perigo na oposição e na luta. Ela se mantém intocável e ilesa na retaguarda. A isso se deve chamar *astúcia da razão*: deixar que as paixões atuem por si mesmas, manifestando-se na realidade, experimentando perdas e sofrendo danos, pois esse é o fenômeno no qual uma parte é nula e a outra afirmativa. O particular geralmente é ínfimo perante o universal, os indivíduos são sacrificados e abandonados. A idéia recompensa o tributo da existência e da transitoriedade, não por ela própria, mas pelas paixões dos indivíduos*”, HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 35.

determinado, pois as ações não se justificam pelo simples “bem”, ou “justo”, mas passam a ser definidos pela aplicação concreta desses princípios na vida¹⁰⁹.

A importância dos grandes homens está exatamente em conciliar seus interesses particulares com a universalidade de seu tempo. HEGEL os denomina *indivíduos históricos universais*, e evoca o exemplo de CÉSAR, a demonstrar a conexão entre o universal e o particular:

“César, em perigo de perder a sua posição – senão de preponderância pelo menos de igualdade –, à qual se elevava ao lado de outros, situados nos mais altos cargos da nação, e sob o risco de ser vencido por aqueles que se transformavam em seus inimigos, exprime uma dessas situações. Tais inimigos, que por sinal visavam aos seus objetivos pessoais, tinham para si a constituição formal e a força das aparências jurídicas. César lutava pelo interesse em manter sua posição, sua honra e sua segurança. A vitória sobre os seus adversários, cujo poder consistia no domínio das províncias do império romano foi a conquista de todo o império. Assim, tornou-se ele o detentor único do poder no Estado, sem mudar a forma da constituição. O que ele conseguiu com a realização de seu plano, inicialmente negativo – ou seja, o domínio pessoal de Roma –, foi uma determinação necessária à história de Roma e do mundo. De sorte que esse domínio pessoal não foi apenas uma vitória particular, mas sim um instinto que realizou aquilo que, em princípio, o seu tempo exigia. Esses são os grandes homens da história, cujos fins particulares contêm o substancial que é a vontade do espírito universal. Nesse sentido devem ser chamados de heróis, já que tiraram os seus objetivos e a sua vocação não apenas do

¹⁰⁹ Há diversas conseqüências quando existe a correta adaptação entre o universal e o particular. No Estado, quando há a identidade entre seus fins gerais e os interesses dos cidadãos, pode-se dizê-lo como vigoroso e bem organizado [HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 29]. Na vida, o indivíduo que conjuga bem sua existência e vontades com seu caráter particular, pode-se dizer feliz [HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 30]. Porém, nos momentos em que isso se dá na história, são tempos de estagnação: “A história universal não é o palco da felicidade. Os períodos felizes são as páginas em branco, são os períodos dos acordos, das oposições ausentes”, cf. *loc. cit.*

calmo e ordenado decorrer das coisas, por meio do sistema vigente, mas de uma fonte cujo conteúdo oculto não serve a uma existência presente; ou de um espírito interior ainda subterrâneo, que no mundo exterior palpita e irrompe como de uma casca, porque é uma semente diferente da que pertence a essa casca – desajustada de si mesma, portanto. Tais heróis parece esgotarem-se em si mesmos, e suas ações produziram situações e condições mundiais que parecem ser unicamente sua tarefa e sua obra”¹¹⁰.

O parágrafo acima explicita bem o papel da paixão como motor também da história, trazendo *em-si* a racionalidade. Conforme salienta HEGEL, estes grandes homens eram pragmáticos, políticos que possuíam a visão do todo, da universalidade, e do que era necessário e oportuno. Buscavam apenas a sua satisfação, mas foram os que melhor compreenderam a sua própria época. Seus espíritos encontravam-se mais adiante do que os dos demais homens, e

“é por isso que os outros seguem esses guias de almas, por sentirem neles a força irresistível do seu próprio espírito vindo ao seu reencontro. Se observamos o destino de tais homens na história universal, vemos que tinham a profissão de administradores do espírito universal, e concluímos que isso não era um destino feliz. Eles nunca tinham descanso, a vida toda era trabalho e esforço; toda a sua natureza era apenas a sua paixão. Alcançando o objetivo, eles caem como vagens esvaziadas do grão. Morrem cedo como Alexandre, são assassinados como César ou exilados para a ilha de Santa Helena como Napoleão”¹¹¹.

¹¹⁰ HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 33.

¹¹¹ Porém, salienta Hegel que “o carente desse consolo é o invejoso que, aborrecido pelo grandioso, pelo extraordinário, tenta inferiorizá-lo e encontrar nele um defeito [...] Aliás, o homem livre não é invejoso; longe disso, gosta de reconhecer o que é grande e sublime, e rejubila-se de que algo assim exista”, e, logo após, citando Goethe, quem diz que “Para o criado de um herói não existem heróis”, acrescenta que “não porque o homem não seja um herói, mas porque o outro é um criado”, cf. HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 33-4.

Como a paixão não se refreia frente ao sagrado, ao direito, ou à moralidade, é igualmente comum encontrar críticas nesses termos aos sujeitos universais. Mas justamente nesta confrontação com a positividade que lhes ressalta ainda mais a grandeza, pois, quando assim fazem, estão a destruir as bases e fundamentos sobre os quais repousam toda a estrutura axiológica e social, mas o fazem para revolver as idéias e trazer novos valores gerais à tona. E “esse valor geral é um momento da idéia produtiva, um momento da verdade, aspirando a si mesma”¹¹². Certamente, nesta verdadeira revolução, há que se, “inevitavelmente, esmagar algumas flores inocentes e destruir algo mais em seu caminho”¹¹³. E é nessa convulsão e suplantação do que é posto que o direito se modifica e é levado a readaptar-se às exigências do novo tempo, portando consigo o ressignificado – dialético e suprassussor (*aufhebend*) – de sua essência, a liberdade.

O meio que a razão encontra para se realizar no mundo, através da vontade do homem – entendida como paixão, mas uma paixão que traz a racionalidade nela contida – não é simplesmente um meio externo à consecução deste objetivo final, pois o próprio homem também leva consigo estes objetivos, e fazem parte do próprio fim racional da história. O homem é fim em si mesmo somente “por meio do divino que reside nele, do que foi chamado no início de razão, desde que ativa e autodeterminante, ou seja, o que denominamos liberdade”¹¹⁴.

¹¹² HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 32.

¹¹³ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 35.

¹¹⁴ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 36. Ademais, salienta-se o importante papel que desempenham a religião e a moralidade objetiva, cuja principal propriedade é estabelecer-se na alma individual, também aportando conteúdo determinante à ação dos homens, conteúdo racional, salienta-se, *cf.* HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 38.

HEGEL salienta que, em seu tempo – e isto vale também para hoje –, nada mais comum do que lamentar que os *ideais*, inclusive os constitucionais, não se realizem. No entanto, trata-se, em suma, de críticas subjetivas, a partir do particular empírico, em que o acaso é elemento presente¹¹⁵. A filosofia preocupa-se com o mundo real, e, nesse,

“o bem verdadeiro e a razão divina universal têm o poder de se realizar. Esse bem, essa razão, em sua representação mais concreta, é Deus. Deus governa o mundo, e o conteúdo de seu governo, a realização de seu plano, é a história universal. É isso que a filosofia quer compreender, pois somente o que é realizado de acordo com ele é real; o que não lhe é adequado tem existência apenas fictícia. À pura luz dessa idéia divina, que não é um mero ideal, se desfaz a aparência de que o universo seja um evento insensato e tolo. A filosofia quer conhecer o conteúdo e a realidade da idéia divina e justificar a realidade desprezada, pois a razão é a compreensão da obra divina”¹¹⁶.

c) A consolidação da razão no espírito objetivo: o Estado

A obra divina, manifestada na realidade, é o Estado – o caminhar de Deus pelo mundo – como coloca HEGEL. Os Estados formam um todo orgânico, e, em primeiro lugar, é a família que mantêm esta organicidade, pois é através dessa que o conteúdo universal pode ser transmitido sob a forma de moralidade, e, assim, construir bases sólidas para que as individualidades se identifiquem com o todo¹¹⁷. A atividade espiritual desenvolvida terá como objetivo supracumprir o

¹¹⁵ “Essa crítica subjetiva, que visa apenas ao particular e às falhas que tem, em reconhecer ali a razão universal, é coisa fácil e pode, levando a afirmação de boa vontade e do bem-estar universal, ostentando a aparência de um bom coração, assumir ares arrogantes e pavonear-se. É mais fácil enxergar os defeitos dos indivíduos, dos Estados e dos caminhos universais do que o seu verdadeiro alcance”, cf. HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 37.

¹¹⁶ HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 38.

¹¹⁷ HEGEL salientará a importância da religião para o Estado, e desde já, compara a família a uma teocracia: “a figura principal do chefe da estirpe patriarcal é também o sacerdote da

momento subjetivo da liberdade, enquanto ação carregada de paixão, com seu momento objetivo, a idéia de liberdade como fim absoluto. A união desse movimento é o Estado, e a manifestação consciente de sua liberdade se dará, em primeiro lugar, na *religião*, como representação, na *arte*, como intuição, e na *filosofia*, como pensamento¹¹⁸, conceito. HEGEL dará importância central à religião em sua *Filosofia da História*, pois é através dela que o espírito acessa o absoluto e se reconhece enquanto unidade. A arte e a ciência serão apenas desdobramentos, mas sem variação no conteúdo¹¹⁹.

Os verdadeiros protagonistas da história universal são os Estados, que, mesmo sendo totalidades, atuam na história como indivíduos. É através do Estado, da moralidade objetiva e do direito que os homens são capazes de desfrutar, de fato, de sua liberdade. Esta é a realidade positiva em que a liberdade pode ser satisfeita, e deixa de ser princípio abstrato para se tornar efetividade fruível. A liberdade que será aparentemente limitada nesse contexto é, na verdade,

mesma. Se a família ainda não se separou da sociedade civil e do Estado, muito menos o fez a religião, uma vez que a piedade é uma interioridade do sentimento”, cf. HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 42.

¹¹⁸ HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 47.

¹¹⁹ “A arte e a ciência são apenas aspectos e formas diversas desse mesmo conteúdo [...] A religião é o lugar em que um povo apresenta a si próprio a definição do que ele considera verdadeiro. Uma definição contém tudo o que diz respeito à essência de um objeto, reduzindo a sua natureza a uma simples determinação básica, como espelho para toda determinação – a alma universal permeando todo o particular. A representação de Deus constitui, assim, o fundamento universal de um povo. Nesse sentido, a religião encontra-se em estreitíssima ligação com o princípio do Estado. A liberdade só pode existir onde a individualidade é reconhecida como positiva na essência divina [...] Quando se chega à correta convicção de que o Estado se baseia na religião, esta é colocada na seguinte posição: na existência de um Estado, deve a religião, para mantê-lo, entrar nele com todas as suas forças, para impregnar-se nos ânimos [...] Por isso, assim como a religião é criada, também o são o Estado e sua constituição; ele, o Estado, realmente surge da religião, de tal forma que o Estado ateniense e o Estado romano só eram possíveis no paganismo próprio desses povos, tal como um Estado católico possui um espírito e uma constituição diferentes de um Estado protestante”, cf. HEGEL, *Filosofia da História*, cit., p. 48-9.

“a arbitrariedade, que se refere ao caráter particular das necessidades”¹²⁰. A contraposição entre lei e liberdade, no Estado, dissolve-se, pois, nele, as leis têm conteúdo universal, racional, e obedecer à lei é obedecer à própria razão¹²¹.

Desse modo, o Estado caracteriza-se por ser a liberdade racional, objetiva e existente para si mesma, não de modo ideal, mas existente na realidade particular, produzindo-se como resultado a totalidade, a alma e a unidade individual. Será o Estado “a idéia moral exteriorizada na vontade humana e liberdade desta. Por isso, a alteração da história pertence essencialmente a ele”¹²². Os *indivíduos históricos universais* têm participação efêmera na história, e, desempenhado o papel que os cabia, são rapidamente consumidos. A perenidade de seu legado, entretanto, sobrevive nos Estados.

O objetivo final da história mostra-se como a realização plena da liberdade em seu conceito, no Estado. Esse Estado é constituído por toda a *cultura*¹²³ de seu povo, e, dessa maneira, é um espírito particular, determinado. Os indivíduos, responsáveis pelos grandiosos feitos, são também constituídos por este Estado, e daí a famosa epígrafe: “cada um é filho de seu povo e, igualmente,

¹²⁰ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 39.

¹²¹ “No Estado, o universal está nas leis, em determinações gerais e racionais [...] A lei é a objetividade do espírito e da vontade em sua verdade, e só a vontade que obedece à lei é livre, pois ela obedece a si mesma, está em si mesma livremente. Quando o Estado, a pátria, constitui uma coletividade da existência, quando a vontade subjetiva do homem se submete às leis, a oposição entre liberdade e necessidade desaparece”, *cf.* HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 40.

¹²² HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 45.

¹²³ Cultura é o “princípio geral que se manifesta no Estado e torna-se um objeto da consciência, a forma sob a qual tudo se torna real” [HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 47]. Engloba tanto os aspectos materiais como espirituais, como a natureza, o solo, o ar, as montanhas, suas águas, seu Estado, leis, instituições e sua história. Tudo isto propriedade dos indivíduos, mas também, dialeticamente, isso constitui a substância dos indivíduos, seu ser, *cf.* HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 49-50.

um filho de seu tempo [...] Ninguém fica atrás de seu tempo e, muito menos, o ultrapassa”¹²⁴.

HEGEL conclui sustentando que “uma constituição política só pode existir em conexão com uma tal religião, do mesmo modo que nesse Estado só podem existir essa filosofia e essa arte”¹²⁵, e, finalmente, que

“espírito de determinado povo é apenas um indivíduo no decorrer da história universal. Esta, por sua vez, é a apresentação do processo divino e absoluto do espírito em sua forma suprema, progressão pela qual ele atinge o conhecimento do verdadeiro e de si mesmo. As formas que esse progresso assume são os espíritos nacionais dos povos históricos universais, as determinações de sua vida moral, de sua constituição, de sua arte, de sua religião e de sua ciência. Realizar esse progresso em seus diversos níveis é o impulso irresistível do espírito universal, pois essa divisão em partes orgânicas, e a completa realização de cada uma, é o seu conceito. A história universal ocupa-se apenas em mostrar como o espírito chega, progressivamente, ao reconhecimento e à adoção da verdade: surge o conhecimento, o espírito começa a descobrir os pontos relevantes e, finalmente, alcança a consciência total”¹²⁶.

¹²⁴ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 50.

¹²⁵ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 50.

¹²⁶ HEGEL, *Filosofia da História, cit.*, p. 50.

1.3. O FENÔMENO JURÍDICO PERANTE A RAZÃO DIALÉTICA (VERNUNFT) E RAZÃO ANALÍTICA (VERSTAND)

HEGEL, ao demonstrar a dialeticidade do existente e da Razão – ambos sendo efetividade racional – e a sua necessidade de movimento, que se dá na história, distingue o Entendimento (*Verstand*) e a Razão (*Vernunft*). Compreender adequadamente esses momentos da racionalidade é fundamental e já poderia ter evitado muitos mal entendidos, não só sobre os escritos hegelianos, como também sobre as considerações filosóficas sobre a razão.

A racionalidade, que se autocompreende como parte indissociável da história, desenvolvendo-se de acordo com uma lógica, denomina-se *Razão Dialética* (*Vernunft*), enquanto a racionalidade própria do Entendimento, cuja base moderna encontra-se no *cogito* cartesiano, *Analítica*¹²⁷ (*Verstand*).

Que a Filosofia do Direito e as Ciências Jurídicas já puderam se nutrir desse novo manancial da razão dialética é inegável, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, bastando exemplificar a contribuição da Hermenêutica, Retórica¹²⁸, Escola Crítica e tantas outras diferentes perspectivas da realidade do Direito, tanto na teoria quanto na práxis atual. A contribuição dessas correntes possuem como denominador comum a perspectiva do movimento da própria razão e da compreensão humana, suprassumindo a perspectiva estática da razão analítica. Há, no entanto, e em contraposição, correntes que se firmam no uso estrito do Entendimento, derivadas atualmente das bases do positivismo,

¹²⁷ MAYOS, Gonçal. Modernidad y Racionalidad. Razón Geométrica y Razón Dialéctica. *Convivium*, Barcelona, Universitat de Barcelona, n. 18, p. 47-72, 2005, disponível em <www.ub.edu/histofilosofia/gmayos/PDF/ModernidadeRacionalidade.pdf>, consultado em 25 de novembro de 2013..

¹²⁸ V. ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa Filosofia Retórica da Dogmática Jurídica*, Tese de Livre Docência em Direito. Universidade de São Paulo, 2010.

empirismo, e até da análise do discurso. Nada obstante, o que levanta ainda grande preocupação é a persistência, de um lado, da desclassificação da razão dialética como arbitrária, e, de outro, do olhar ingênuo face aos propósitos e limites da razão analítica: esta é imprescindível, sem dúvida, mas tende a ocupar, como reiteradamente denunciado, um *locus* exagerado na contemporaneidade. Tal ingenuidade hipostasia a abstrata razão analítica, olvidando-se das bases metafísicas que a compuseram, desde sua remota origem¹²⁹.

DESCARTES, em seu *Discurso Sobre o Método*, apresenta-nos características centrais do proceder da razão analítica, construída a partir da seguinte lógica: não aceitar algo como verdadeiro que não se soubesse ser evidente como tal; dividir cada uma das dificuldade que hão de ser examinadas em tantas partes quanto possível, e quantas necessárias para melhor resolvê-las; conduzir por ordem os pensamentos, a começar pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para alcançar, pouco a pouco, o conhecimento dos elementos mais complexos – até todo o sistema acrescentaríamos; e a última, fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais que se tenha certeza de nada ter omitido. Procedendo-se à maneira do geômetra poder-se-ia alcançar um conhecimento seguro de tudo aquilo que pode ser conhecido¹³⁰.

Na filosofia crítica kantiana, sobretudo na *Crítica da Razão Pura*, em que a razão é colocada perante o seu próprio tribunal, indagando-se “o que posso conhecer”, o *entendimento* é analisado e decomposto em suas categorias que, associadas às categorias da sensibilidade, ambas *a priori*, são capazes de formar o juízo sintético *a priori*, e alcançar o conhecimento seguro. A razão pura, por outro

¹²⁹ MAYOS, *Modernidad...*, cit., p. 7 et seq.

¹³⁰ DESCARTES, Rene. *Discours de la Methode: pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*. Paris: Librairie de L. Hachette, 1856, p. 14-5.

lado, recai inexoravelmente em antinomias¹³¹ e paralogismos¹³², tal qual observado na dialética transcendental. A posição kantiana de criticar as bases da velha metafísica, cuja expressão paradigmática é a de seu mestre WOLFF, tem como resultado não a destruição da metafísica em-si, mas da antiga metafísica do objeto, inaugurando a metafísica do sujeito, colocado em posição de centralidade, o que parece não ter sido absorvido adequadamente pela tradição científica.

Destaca-se como características da razão analítica o seu profundo ceticismo, cuja superação exige a divisão do seu objeto de conhecimento em tantas partes que o todo só poderá ser entendido como a relação segundo a qual cada uma das partes menos complexas se articulam. Essa característica da razão analítica leva a uma primeira deficiência: a sua incapacidade de compreensão da totalidade, do contexto, o qual, na perspectiva dialética, determina e é determinado pelas partes simultaneamente¹³³. No Direito, corresponde à tendência extremada de se interpretar determinada norma, em geral uma regra, olvidando-se de que ela deve ser compatibilizada com uma interpretação sistêmica e teleológica, e de que regras não podem ser senão expressão de um princípio que a dá fundamento – tendência que é chamada, de modo geral, de positivismo.

A busca pela demonstração rigorosa via *more geometrico* a partir do racionalismo e do iluminismo leva à conseqüente matematização do conhecimento. Aquilo que não pode ser analisado e medido através da

¹³¹ KANT, *Kritik der reinen Vernunft, cit.*, p. 420-48.

¹³² KANT, *Kritik der reinen Vernunft, cit.*, p. 449-51.

¹³³ Àquele que quer compreender o sentido aparece verdadeiramente não ao fim de uma obra ou texto, mas é, na verdade, um processo sem fim (*ein unendlicher Prozeß*): “Die Ausschöpfung des wahren Sinnes aber, der in einem Text oder in einer künstlerischen Schöpfung gelegen ist, kommt nicht irgendwo zum Abschluß, sondern ist in Wahrheit ein unendlicher Prozeß”, GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. ed. V. I. Tübingen: Mohr, 1990, p. 303,

matemática, do número quantificador, não pode ser objetivamente conhecido e só resta, assim, ser desprezado¹³⁴, pois não-seguro, não-verificável e, logo, conhecimento inválido, não-conhecimento. A expulsão do que é compreendido por racional daquilo que não pode ser numericamente mensurado confere contornos instrumental, operativo e performático ao conhecimento, reduzindo toda qualidade em quantidade¹³⁵. A substituição do real ao número apresenta-se como um poderoso redutor de complexidade, e conseqüentemente traz consigo grandes perigos.

Conhecimento válido, segundo o *entendimento*, torna-se o que se amolda à lógica formal. A Matemática, com todo o seu rigorismo, representaria, portanto, o caminho ideal para encontrar a verdade. As Ciências que se aproximam desse ideal são, conseqüentemente, consideradas verdadeiramente ciências, ou ao menos *mais* científicas do que as outras, o que se percebe inclusive pela denominação anglo-saxônica atualmente a elas reservada: aquelas, *hard Science*, estas, *soft Science*. Passou a ser relevante o que é possível de ser comprovado através de fórmulas, leis universais, ou fatos experimentais, vale dizer, pela pura empiria; o que está fora disso seriam meras opiniões, devaneios. Também a filosofia foi tomada de assalto por essa onda de imanência, muitas vezes reduzindo-se à análises do discurso, como o caminho seguro de comprovação da racionalidade das proposições¹³⁶, e à crítica ácida, que abstraíndo e segmentando, aponta as contradições e destrói, mas é incapaz de reconstruir. Proclama-se a morte de Deus e da Metafísica, mas, cegos pela luz da razão iluminista, não se dão conta de que

¹³⁴ HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialektik der Aufklärung*: philosophische Fragment. 19. ed. Frankfurt am Main: S. Fischer, 2010, p. 18-9.

¹³⁵ MAYOS, *Modernidad...*, cit., p. 5-6.

¹³⁶ V. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutschinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

simplesmente afirmar a imanência (*ser*) em detrimento de tudo o demais (o *não-ser*) já é uma posição metafísica¹³⁷.

HEGEL percebera o problema e teceu críticas lancinantes – que na filosofia contemporânea assumem a forma de uma crítica à razão instrumental e ao domínio das tecnociências – à unilateralidade e limitação da razão analítica em sua obra:

“A matemática se orgulha e se pavoneia frente à filosofia –por causa desse conhecimento defeituoso, cuja *evidência* reside apenas na pobreza de seu *fim* e na deficiência de sua *matéria*; portanto, um tipo de evidência que a filosofia deve desprezar. (...) Por conseguinte, nesse elemento inefetivo, só há também um Verdadeiro inefetivo; isto é, proposições mortas e rígidas. Em cada uma dessas proposições é possível parar; a seguinte recomeça tudo por sua conta, sem que a primeira se movesse até a ela, e sem que assim surgisse uma conexão necessária através da natureza da Coisa mesma”¹³⁸.

Pois a proposta de uma filosofia especulativa, tal qual concebida por HEGEL, trilha exatamente o caminho oposto. Como no citado trecho da *Fenomenologia do Espírito*, o filósofo adverte que a evidência do conhecimento matemático, que “se orgulha e se pavoneia frente à filosofia”, reside, na verdade, “apenas na pobreza de seu *fim* e na deficiência de sua *matéria*”, construída por “proposições mortas e rígidas”¹³⁹. É que a opinião comum (*doxa*) tem por hábito se prender à oposição entre verdadeiro e falso, e deseja somente saber, ao final, se a resposta é sim ou não. É incapaz, portanto, de conceber “a diversidade dos

¹³⁷ SALGADO, *Notas de aula dos Seminários Hegelianos...*, cit.

¹³⁸ HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 51.

¹³⁹ HEGEL, *Fenomenologia do Espírito...*, p. 51.

sistemas filosóficos como desenvolvimento progressivo da verdade”, e só vê “na diversidade a contradição”¹⁴⁰.

Para HEGEL, a filosofia é uma ciência rigorosa, e não mera intuição ou representação, acesso à verdade próprio da arte e da religião, respectivamente. Tem por objeto o real – mas não se confundindo o real com o simples empírico – compreendido na totalidade de suas determinações, e, ao contrário da ciência, que fragmenta a realidade para entender cada uma das partes e suas conexões, busca captá-la em seu automovimento, percebendo como as contradições, antes de negar, integram-se no real. Por essa razão, a Filosofia hegeliana é uma filosofia dialética.

O *Corpus Hegelianus* – principais obras sistemáticas – é composto pela *Fenomenologia do Espírito* (1806), livro introdutório ao *Corpus*, que pode ser compreendida como uma introdução ao sistema, pois se refere à experiência que a consciência faz de si mesma, superando, ao final, a dualidade entre sujeito e objeto; a *Ciência da Lógica* (1812), a qual supera a cisão entre razão teórica e prática, e que expõe, de modo longo e detalhado, a lógica que perpassa todo o sistema, confundindo-se com ele; a *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (três versões, 1817, 1827 e 1830), na qual é superada a cisão entre razão e natureza, e que é um compêndio de todo o sistema; e os textos que são desdobramentos do sistema: *A Filosofia do Direito* (1820), onde se supera a dicotomia entre liberdade individual e lei; a *Filosofia da História* (1830), que descreve o caminho da liberdade através do tempo, e supera a maior cisão enfrentada por HEGEL:

“a separação entre Lógica e História, cuja superação ou resultado é a Lógica-Metafísica ou Lógica dialética ou especulativa, na qual a história não é captada na sua dimensão empírica, mas elevada ao plano do movimento ou

¹⁴⁰ HEGEL, *Fenomenologia...*, cit., p. 26.

do tempo captado em conceito, que aparecerá no desdobramento da Filosofia do Espírito”¹⁴¹.

Alertou GUSTAV RADBRUCH, no início de sua *Filosofia do Direito*, que o Direito, como Ciência da Cultura (*Kulturwissenschaft*), não é cego, mas necessariamente relacionado aos valores (*wertbeziehend*)¹⁴². Essa oposição, de um parâmetro de racionalidade matemático, que ainda possui grande influência, e a sua inadequação à Ciência Jurídica, conduz a perigosas ciladas. Dentro delas, citam-se duas, que atualmente tem gerado preocupação: a busca por forjar um padrão jurídico geral e abstrato – principalmente relacionado aos atuais fundamentos do Direito, vale dizer, conceitos gerais de Democracia e Direitos Humanos – que possa ser exportado do Ocidente e aplicado indistintamente em toda e qualquer cultura, sem respeitar as respectivas particularidades; e as constantes tentativas de submeter os parâmetros de justiça à rígidos modelos, até mesmo numéricos¹⁴³.

Entre nós tal crítica não é nova, já aparecendo na obra de REALE, quem não poupa esforços para demonstrar os problemas do reducionismo e das unilateralidades na abordagem do fenômeno jurídico em sua Filosofia do Direito,

¹⁴¹ SALGADO, *A idéia de justiça em Hegel, cit.*, p. 69.

¹⁴² RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 3. ed. Leipzig: Quelle & Meyer, 1932, p. 9.

¹⁴³ No Brasil tal problema aparece, por exemplo, na mensuração ingênua da qualidade pela quantidade, como na criticável Res. 106/2010 do CNJ, que estabelece padrões de produtividade para promoção de magistrado; salienta-se ainda a “moda” ou crença de que “mais conciliações” significa “mais justiça” – o que acaba por levar a conciliações forçadas, geralmente com prejuízo da parte hipossuficiente, que não tem condições adequadas de aguardar a morosidade ínsita ao sistema judiciário até que se alcance o trânsito em julgado da ação proposta. Trata-se, entretanto, de um problema não só brasileiro, mas que se relaciona com o a visão de mundo contemporânea, v., nesse sentido, a crítica que DEPENHEUER faz a sistema semelhante que vem sendo implantado na Alemanha, DEPENHEUER, Otto. *Zählen statt Urteilen: die Auflösung der Urteilskraft in die Zahlengläubigkeit. Sächsische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*, Leipzig: Richard Boorberg, August, 2010, p. 177-180.

e, como solução, elaborou a sua conhecida Teoria Tridimensional do Direito. A partir de uma perspectiva ontognoseológica, busca-se superar as explicações reducionistas da realidade jurídica, presente nas tradições do sociologismo jurídico (realismo jurídico), do positivismo (sobretudo normativismo) e do moralismo jurídico, nas quais há uma preponderância, respectivamente, do fato, da norma ou do valor¹⁴⁴.

Cabe ainda acrescentar que, em decorrência do processo descrito, a subjetividade, elemento essencial do Direito, é negada, mas, negando-a, esta não desaparece ou é eliminada: torna-se oculta e potencialmente mais perigosa.

Do correto funcionamento do sistema jurídico deve-se esperar a realização da justiça de modo concreto, vale dizer, a norma geral e abstrata, a partir de seu confronto com a particularidade, deve ser alçada, suprassumida (*aufheben*), ao universal concreto, ou seja, realizar a idéia de justiça contida no ordenamento jurídico no caso específico. A *razão analítica*, conquanto seja parte fundamental do processo, não é suficiente para determinar as exceções ou acomodações da decisão que, ao contrário de ser percebida analiticamente como uma exceção, é exatamente a realização da norma, compreendida globalmente.

1.4. RECONHECIMENTO E DIREITO

O conceito de reconhecimento (*Anerkennung*)¹⁴⁵ tem ganhado atenção especial nos últimos anos, principalmente com o que vem sendo chamado de

¹⁴⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 497 *et seq.*

¹⁴⁵ Como salienta BROCHADO, citando LABARRIÈRE, “A palavra é tradução do alemão *Anerkennung*, derivada dos termos simples *kennen* (“conhecimento”) e *erkennen* (“conhecimento”) igualmente, ou “reconhecimento” no sentido banal de “confessar”). Segundo Labarrière, *Anerkennen*, entretanto, não é redutível à ordem do saber: esse verbo designa um movimento-fonte que tem caráter de estruturas mesmas do existir, que não são estáticas, mas de movimento de condução à claridade, à luz, ato que produz as

“renascença hegeliana”, ou seja, uma volta da presença do filósofo alemão como interlocutor privilegiado, e, o que surpreende, inclusive nos círculos da filosofia analítica, que tanto criticou o “obscurantismo” da tradição continental, aliás, cujo grande exemplo era, não raro, HEGEL¹⁴⁶. Destaca-se a sua retomada por expoentes, representantes de grandes correntes de pensamento, a exemplo da Escola de Frankfurt, com destaque para AXEL HONNETH¹⁴⁷; na tradição pragmática-analítica por BRANDOM¹⁴⁸ e PIPPIN¹⁴⁹; no comunitarismo por CHARLES TAYLOR¹⁵⁰, entre outros.

Certamente, uma das razões que tem levado a essa recuperação da teoria hegeliana, antes confinada a círculos acadêmicos restritos, orbita em torno da imperiosidade da compreensão totalizante das relações sociais, capaz de integrar a subjetividade do cogito individual, passando pelas relações intersubjetivas, e que desembocam na objetividade e concretude das instituições sociais objetivamente postas, de modo dialético, com o objetivo de superar a consideração unilateral e

estruturas, ao mesmo tempo em que é o fundamento permanente de sua subsistência, a mesma que as faz funcionar como estruturas-em-movimento”, BROCHADO, Mariah. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 91; LABARRIÈRE, *Introduction à une lecture de la Phénoménologie de l'esprit...*, cit., p. 151.

¹⁴⁶ BERTRAM, Georg W. Hegel und die Frage der Intersubjektivität: Die Phänomenologie des Geistes als Explikation der sozialen Strukturen der Rationalität. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlin 56 (2008) 6, p. 877.

¹⁴⁷ HONNET, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

¹⁴⁸ BRANDOM, Robert. *Reason in philosophy: animating ideas*. Belknap Press: Cambridge, 2009.

¹⁴⁹ Despontam como obras representativas sobre a temática, entre outras, as seguintes: PIPPIN, Robert. *Hegel on Self-Consciousness: Desire and Death in the Phenomenology of Spirit*. Princeton: Princeton University Press, 2011; PIPPIN, Robert. *Hegel's Practical Philosophy: Rational Agency as Ethical Life*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; PIPPIN, Robert. *Die Verwirklichung der Freiheit: der Idealismus als Diskurs der Moderne*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2005; PIPPIN, Robert. *Hegel's Idealism: The Satisfactions of Self-Consciousness*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

¹⁵⁰ TAYLOR, Charles. *Hegel and the modern society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

abstrata que a concepção científica focada em cada uma dessas esferas leva. Ainda, considera-se que HEGEL tenha conceituado de modo adequado a relação que se estabelece entre racionalidade e intersubjetividade, do conteúdo do conceito a sua manifestação efetiva no plano empírico. Deve-se alertar, contudo, que as apropriações que vem sendo feitas da dialética do reconhecimento hegeliana tem se limitado à dimensão social, enquanto, na verdade, na *Fenomenologia do Espírito*, a dialética do reconhecimento aparece como algo muito mais amplo, constituindo a própria experiência da consciência, presente, portanto, desde a formação da consciência individual do eu, até desembocar na constituição do “eu que é um nós, e do nós que é um eu”¹⁵¹, explicitando a formação do conhecimento e da liberdade¹⁵².

Ao nosso trabalho revela-se importante recuperar os principais momentos da dialética do reconhecimento, tal como pensada por HEGEL, pois assumimos que a ideia de justiça se torna efetiva no mundo contemporâneo desenvolvendo-se processualmente na história, como idéia no plano da consciência – mas não abstratamente, pois que já se trata de uma consciência mediatizada pelo *espírito objetivo* de seu tempo – posta por meio de declarações e tratados – vale dizer, socialmente instituída – e, por fim, fruídas em sua efetividade concreta também como direitos subjetivos. Tal percurso deu-se simultaneamente nos três planos examinados, ou seja, no direito internacional, há muito já existente como *ius*

¹⁵¹ BERTRAM, Hegel und die Frage der Intersubjektivität..., cit., *op. cit.*, p. 877-8.

¹⁵² SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 249: “Se o pensamento é o que contém a liberdade e o saber absoluto o momento de explicitação dessa liberdade, a Fenomenologia traz, além da intenção revelada da formação do conhecimento por meio da dialética da certeza do sujeito e da verdade do objeto, uma outra dialética subjacente, a da formação da própria liberdade ou do homem livre, em si e para si, que não se dá apenas por um processo abstrato do conhecer, mas concretamente nas relações que os homens travam entre si no curso da história”.

*gentium*¹⁵³, nos planos locais, como direitos fundamentais constitucionalmente postos e imediatamente exigíveis, e, recentemente, como direitos regionais, a atuar subsidiariamente, conferindo maior grau de concreção que os direitos estabelecidos no plano global, mas atuando de modo subsidiário ao direito local, do plano estatal, como elemento de integração, correção e vetor de desenvolvimento.

Clarificado que a dialética do reconhecimento envolve, na verdade, toda a *Fenomenologia do Espírito*, uma vez que a obra busca a experiência da consciência e da racionalidade na formação de si mesma, através de um mergulho na história, reconhecendo o saber de si como o absoluto, dialeticamente, ou seja, não por meio do tempo cronológico, mas a partir da necessidade de superação dialógica de seus momentos¹⁵⁴, podemos afirmar que esse percurso, entretanto, condensa-se na parábola do senhor e do escravo, desenvolvida no capítulo IV da *Fenomenologia*, e que LIMA VAZ¹⁵⁵ identificou como o fio de fogo da cultura ocidental. Da interação de três elementos nucleares, a liberdade, a servidão, e o trabalho, se desenvolverá a dialética da liberdade, que tem, por fim, o re-conhecimento do outro como um igual a mim, do “*Ich, das Wir, und Wir, das Ich ist*”¹⁵⁶. A dialética do reconhecimento é então assumida nos termos preconizados por LIMA VAZ e SALGADO, ou seja, à luz da dialética subjacente, do implícito não-escrito: o advento do saber absoluto (saber que se justifica a si mesmo), sendo o “senhorio e servidão (...) figuras dramaticamente reais no corpo de uma história impelida pelas pulsões da

¹⁵³ V. POLETTI, *Elementos para um conceito jurídico de império*, cit., p. 148-50.

¹⁵⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 248.

¹⁵⁵ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Senhor e Escravo: uma parábola da Filosofia ocidental, in: LIMA VAZ, *Ética & Direito...*, cit., p. 183-202.

¹⁵⁶ HEGEL, *Fenomenologia do Espírito*, cit., p. 117.

necessidade e do desejo”¹⁵⁷, história cujo motor é a própria exigência do reconhecimento universal como única efetivação da sua razão ou do seu sentido, a reafirmar, de modo constante e perene no curso de toda a história, como constante, a necessidade de superação das relações de dominação e a instauração da sociedade política na sua essência consensual como reino da liberdade realizada, única forma possível da igualdade concreta.

O desenvolvimento fenomenológico inicia-se com a figura¹⁵⁸ da consciência. Esta se situa e capta o objeto no seu *aqui e agora*: assim, adquire a certeza sensível. É uma consciência ingênua, pois o isto, o aqui e o agora, e também o objeto, desaparecem: estão submetidos à mudança constate da realidade. A certeza passa ser a eterna mudança, o mundo da vida (a verdade da natureza), como já percebido por HERÁCLITO e a doutrina do *panta rei*. Na experiência do objeto, que lhe é exterior, a consciência procura pela permanência, pela essência ou pelas leis, descartando o efêmero como o não-real, como já observado por PARMÊNIDES. Não as encontrando nos objetos, ela retorna a si mesma, à sua própria constância, passando-se à próxima figura, à consciência-de-si.

Neste momento, o não saber da liberdade, na consciência ainda incipiente, demonstra que o ato de reconhecer tem seu início com ato de conhecer, “pois o outro é posto como mera coisa; coisa, porém, que resiste a essa coisificação, porque exige também o seu reconhecimento como livre”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 184-5.

¹⁵⁸ Por figura entende-se a união dialética das experiências da consciência em momentos categoriais ou exemplares da história ocidental, não no tempo cronológico, mas no tempo da cultura (paciência do conceito, tempo paradigmático), v. V. BROCHADO, Mariá. A Dialética do Reconhecimento em Hegel. In: SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges. *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 95-6.

¹⁵⁹ SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, cit., p. 11.

A consciência-de-si, portanto, buscando a certeza não no objeto, mas em si mesma, não é, entretanto, a identidade vazia do Eu Penso (*cogito* Cartesiano) ou do Eu=Eu (Eu solipsista, de Fichte), a “imóvel tautologia”¹⁶⁰. Ora, a consciência-de-si tem um conteúdo: “é a reflexão a partir do ser do mundo sensível e do mundo na percepção e é, essencialmente, um retorno a partir do *ser-outro*” (o mundo sensível). O mundo sensível não é mais mero objeto captado pela consciência, mas algo inessencial, que deve desaparecer para que a consciência-de-si tome como objeto apenas a si própria, e dê as razões de si mesma. A consciência-de-si estabelece uma relação com outros seres vivos, que não são inertes, e, conseqüentemente, é uma relação não só de conhecimento, mas de *desejo*¹⁶¹, que reclama ser satisfeito. Instaura-se o mau-infinito hegeliano: o desejo nunca é satisfeito, querendo-se mais e mais, consumindo a tudo¹⁶². A única forma de satisfação plena do desejo (não transitória) é quando a consciência-de-si depara-se com outra consciência-de-si, capaz, então de satisfazê-la perenemente, eis que aí, o infinito encontra o limite no outro infinito, emergindo a possibilidade de satisfação dos desejos tornados finitos pela negação em seu ser-no-outro¹⁶³. Chega-se, então, à consciência-de-si-e-para-si.

É a consciência-de-si-e-para-si que opera a passagem da dialética do desejo para a do reconhecimento. O horizonte, agora, é o da intersubjetividade, e

¹⁶⁰ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 191.

¹⁶¹ V. BROCHADO, A Dialética do Reconhecimento em Hegel, cit., in: *op. cit.*, p. 91.

¹⁶² LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 191-2.

¹⁶³ “A consciência de si só encontra a sua satisfação numa outra consciência de si (Das Selbstbewusstsein erreicht seine Befriedigung nur in einem anderem Selbstbewusstsein)”; é o resultado de um processo que se desdobrou em três momentos: primeiramente, como eu indiferenciado, seu primeiro objeto imediato; em segundo lugar, pela mediação em que ela aparece como desejo, cuja ‘satisfação é a reflexão da consciência de si em si mesma ou a certeza que se tornou verdade’; e em terceiro lugar essa verdade da consciência de si é a sua ‘dupla reflexão, a duplicação da consciência de si’, que é consciência de si viva”, SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, p. 252.

trata-se de mostrar como a consciência-de-si duplica-se e, nesse duplicar-se, alcança o resultado dialético: o fundamento da consciência do objeto, além da instauração da cultura humana, do *Espírito*.

O primeiro momento da dialética do reconhecimento é o “puro conhecer”, representado pelo estar diante de si mesma da consciência-de-si. O agir de cada uma das consciências-de-si é mediação consigo própria, pois é agir do outro (outra consciência-de-si) que é reconhecido pela consciência-de-si, reconhecendo-se mutuamente. Esse primeiro momento é ainda abstrato, pois cada consciência-de-si aparecem reciprocamente como objeto diante da outra: o outro ainda não é essencial. Logo, emerge uma desigualdade, pois cada consciência-de-si se vê como essencial, e, a outra, como inessencial¹⁶⁴. Que eventos ou situações exemplares na história levarão ao reconhecimento universal? A luta de vida e morte: situação em que as consciências-de-si empenham-se na árdua tarefa de “elevantar à verdade de que elas são *para si mesmas* ou afirmar a sua transcendência sobre a imediatez da vida mostrando-as, com o risco da vida, como *liberdade* em face da própria vida”¹⁶⁵.

Na luta, se há a morte, a dialética fica estagnada, pois apenas mais um objeto foi consumido pelo desejo. Ocorre, porém, que o reconhecimento mútuo não se dá imediatamente. Antes, pelo temor da perda da vida, uma consciência sucumbe, trocando liberdade pela vida. Com a vitória de uma das partes, o Senhor vitorioso, ou seja, a consciência vitoriosa, poupa a vida da consciência-de-si agora serva (*coisidade*), que suprirá o desejo do Senhor através dos frutos de seu trabalho.

¹⁶⁴ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 196.

¹⁶⁵ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 197.

Trata-se de uma relação com o objeto, mas esse objeto, neste ponto, entra já em uma relação *humanizada*, que é a relação de servidão entre consciências¹⁶⁶.

Tal relação dialética desenvolve-se com a mediação exercida pelo servo e a coisa trabalhada, que permite o senhor se afirmar como consciência-de-si livre, que se satisfaz através do trabalho do servo no mundo (que o modifica segundo a vontade do senhor); ao mesmo tempo, o mundo trabalhado medeia a relação entre o senhor e o servo; o servo, através do seu trabalho no mundo, apercebe-se que a liberdade do Senhor é, porém, uma liberdade manca, pois que dependente do seu trabalho. Assim, afirma SALGADO:

“O processo de reconhecimento é exatamente essa conquista da igualdade das consciências de si, como para si, em que o eu se conhece em primeiro lugar nele mesmo e, em segundo lugar, se conhece no outro, ou se vê também no outro (num duplo conhecimento), porque seu igual”¹⁶⁷.

LIMA VAZ traduz, de modo lapidar, o resultado:

“O temor diante da morte, a disciplina do serviço em face do Senhor e a atividade laboriosa exercida sobre o mundo são, assim, para consciência servil o caminho da negação seja do ser-reconhecido unilateral do Senhor que tem agora o seu efetivo ser-para-si num outro, seja de seu próprio não-reconhecimento que é suprimido pela cultura. Esta faz passar o simples ser do Escravo (conservado no temor da morte e no serviço do Senhor) para o ser-para-si independente que se constitui pelo agir transformador do mundo”¹⁶⁸.

Salienta-se que a dialética do trabalho é superior a da mera luta de consciências, pois desencadeia imediatamente a igualdade: enquanto o servo pode se ver no Senhor, este não se reconhece no servo, coisificado; pelo temor, aliado ao

¹⁶⁶ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 198.

¹⁶⁷ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 255.

¹⁶⁸ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: *op. cit.*, p. 198-9.

trabalho, a consciência conhece a sua liberdade, e sabe que dela o senhor depende. O trabalho tem o papel de transformar o mundo, e, conseqüentemente, transforma a servil consciência em consciência independente, “pois, ao reter o desejo, ela passa a ter uma ‘relação verdadeiramente humana com o mundo’”, retornando a si após o temor da morte. Essa é a liberdade interior que aparece no estoicismo. A vida num mundo transformado pelo trabalho transforma-se *pari passu*, pois o mundo agora é cultura (realidade criada pelo homem), e não natureza. Não é ação cega, mas tem sempre uma finalidade, um *telos*, ou seja, a ação do trabalho é uma ação pensada (idealizada), uma modificação do mundo que o criador (trabalhador) pensa a sua obra, e, pensando-a, descobre-se livre¹⁶⁹.

O reconhecimento da liberdade e da igualdade é o almejado com a luta pelo reconhecimento. Não se trata, pois, de uma mera luta de sobrevivência, mas, ao contrário, de afirmar a existência livre, o que implica a superação do plano da *physis*, pois só possível através da cultura humana, por meio do *logos* dialogal, que só pode constituir-se como universal por meio do outro, como pensamento comunicado, compartilhado, refletido¹⁷⁰.

Assim, a dialética do senhor e do servo apresenta-se

“como o veio que corre ao longo de toda a história do Ocidente e que aponta para a direção de um horizonte sempre perseguido, e no qual seu destino se lê como utopia de suprema grandeza e do risco mais extremo: a instauração de uma sociedade onde toda a forma de dominação ceda lugar ao livre reconhecimento de cada um, no consenso em torno de uma Razão que é de todos”¹⁷¹.

¹⁶⁹ BROCHADO, A Dialética do Reconhecimento em Hegel, cit., in: SALGADO; HORTA, Hegel..., cit., p. 100-1.

¹⁷⁰ SALGADO, A Idéia de Justiça em Hegel, cit., p. 259.

¹⁷¹ LIMA VAZ, Senhor e Escravo... cit., in: op. cit., p. 201.

Para HEGEL, a instituição do reconhecimento na história se deu no Estado. Este aparece tendo como seu começo marcado pela violência, representado pela luta, o que não a torna fundamento de existência do direito, mas apenas elemento que lhe é exterior¹⁷², apesar de necessário, cuja superação se dá, como defendido por SALGADO, não como poder, liberdade unilateral, mas como a liberdade bi ou multilateral, esta sim fundamento do fenômeno jurídico¹⁷³.

Momento central do desenvolvimento dialético do reconhecimento foi a Revolução Francesa, que possibilitou a passagem para a efetividade da consciência universal, do nós: Estado de Direito. O reconhecimento, pela declaração de 1789, da igualdade universal do homem enquanto parte integrante da humanidade, e *de per se* destinatário de direitos inalienáveis, por força de sua dignidade intrínseca, proporcionou que a possibilidade de decisão coletiva dos rumos políticos da sociedade, organizada na forma de Estado, fosse baseada não no desejo, mas na razão, e o trabalho escravo substituído pelo trabalho livre¹⁷⁴.

¹⁷² HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (em compêndio: 1830). V. III. Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Loyola, 1995, p. 204-5 [§433]; SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, p. 267.

¹⁷³ SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, cit., p. 1.

¹⁷⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, p. 267. Nas palavras de SALGADO, “a Revolução é a marca do ‘destino’ histórico ocidental, da cisão e da reconciliação, da partida e da chegada, do abandono e do retorno triunfal. Afirmção absoluta do indivíduo livre, ela prepara o encontro harmonioso dessa individualidade com a comunidade, cuja realização a história ocidental persegue tragicamente, desde a fragmentação da bela totalidade ética da *polis* grega. A nova era que se abre torna impossível aceitar a vida na sociedade contemporânea sem o conceito harmonioso da sociedade política e do indivíduo que a compõe e nela exerce a sua liberdade. Nela novamente o homem põe-se, frente a frente, no combate pelo reconhecimento da liberdade individual, fazendo a experiência da morte, na trágica eliminação do ser-para-si vivente”, SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, p. 315.

A explicitação dos momentos constitutivos do Estado¹⁷⁵, ou seja, o desdobramento da própria idéia de Estado, foi elaborada como temário próprio da filosofia do espírito objetivo, em sua *Filosofia do Direito*. O espírito objetivo manifesta-se como eticidade (*Sittlichkeit*), na imediatez da família, no sistema de necessidades da sociedade civil, e na suprassunção desses momentos, mediatizada pelo Estado, início e ponto de chegada da dialética do reconhecimento¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Com base na obra de SALGADO [SALGADO, Joaquim Carlos. O Aparecimento do Estado na 'Fenomenologia do Espírito' de Hegel. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. 24, n. 17, out. 1976, p. 184 *et seq*], HORTA sintetiza: "em Hegel o Estado de Direito (e bem assim o Espírito) vive três grandes momentos históricos. Aparece no mundo ético greco-romano (*Espírito imediato*), em que se tornam unas a vida privada e a vida pública, o interesse individual e o interesse da *pólis*, o cidadão e o Estado; caminha para a Idade Média (o *espírito estranho a si mesmo*), em que o Espírito se aliena do Homem, uma vez que o poder é transferido a outro (Deus), o que acaba estimulando a construção, em Maquiavel, de um *Estado técnico*, em antítese com o antigo *Estado Ético Imediato*; e, finalmente, a partir da Revolução francesa emerge o *Espírito certo de si mesmo* – o *Estado Ético Mediato*, ou Estado de Direito propriamente dito, tomado não mais como momento abstrato, mas como efetiva encarnação do Espírito, e com pretensões de universalidade, momento em que o Espírito é consciente de si: o homem pós-revolucionário sabe de seu poder, agora recuperado, e ser reconhece como livre". HORTA, José Luiz Borges. Hegel e o Estado de Direito, *in*: SALGADO,; HORTA; Hegel, *Liberdade e Estado*, *cit.*, p. 251.

¹⁷⁶ Acerca dos três principais momentos da Filosofia do Direito citados (Direito Abstrato, Moralidade e Eticidade), SALGADO sublinha o seguinte: "a dialética do Espírito objetivo obedece a uma trilogia comparável à da Fenomenologia [do Espírito]; o Direito Abstrato é a objetivação do Espírito na relação com as coisas do mundo exterior, comparável à dialética da consciência com o mundo na relação do conhecer; na Moralidade, momento de subjetivação da vontade, o Espírito procura a afirmação de si como consciência de si, em que o objeto da consciência é ela mesma; e na dialética da Eticidade, o Espírito move-se não mais como relação direta com a coisa, mas relação consigo (Moralidade), na medida em que passa no outro para si (ou consciência de si), num movimento ao nível da razão, de um nós que ao mesmo tempo é um eu, uma sociedade em que, ao mesmo tempo, o sujeito afirma a sua identidade de ser livre com o outro. Neste nível, a mediação não se faz apenas pela coisa, mas pela dialética a ela interna, enquanto considerada coisa no mundo das relações jurídicas ou trabalho, o elemento dinâmico da base material do

Como leciona SALGADO, a realização do direito envolve a dialética da liberdade no plano subjetivo e objetivo, como uma dialética interna ao espírito objetivo. Seu aspecto externo é o direito abstrato, a moralidade e a eticidade, mas seu conteúdo, que permite a passagem de um a outro é a própria dialética da liberdade: “trata-se, pois, da dialética da liberdade subjetiva que aparece no momento da existência dos direitos da pessoa e da liberdade que se expressa na lei entendida como vontade universal livre”¹⁷⁷. É a vontade livre que tem como conteúdo a liberdade, cuja realização se dá, como faces da mesma moeda, com o sujeito de direito, de um lado, e o dever de reconhecimento desta pretensão:

“Só tem direitos o sujeito que ao mesmo tempo tem o dever de reconhecer no outro esses mesmos direitos. Direito e dever são dois momentos da realidade concreta do direito. Por exemplo, o direito de propriedade de uma pessoa tem como correlato o dever de respeito de uma outra (...) Nessa relação não aparece somente reflexivamente ou separada a outra pessoa que tem o dever . O direito subjetivo de propriedade traz no seu interior a sua própria negação como direito isolado e separado. Traz consigo o dever. Não o dever do outro apenas, de respeito à propriedade de quem é titular, mas o próprio dever do titular de direito”¹⁷⁸.

Evidentemente, a lei, pública, racionalmente posta, como produto das vontades daqueles que a ela se submetem, e não proveniente de um arbítrio subjetivo, particular, ou, ainda, de costumes inconscientes, é elemento essencial do direito, pois momento necessário para que se chegue à efetividade racional, à autoconsciência das determinidades de um povo, como “norma universal no

direito, a sociedade civil, cuja mola propulsora é a força de trabalho e suas relações”, SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, p. 323-4.

¹⁷⁷ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 335.

¹⁷⁸ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 336-7.

momento do conceito, mediatizado, refletida e levada à expressão verbal precisa”¹⁷⁹.

A norma jurídica é, assim, como já o percebera KANT, a medida ou limite dos arbítrios para a compatibilização da liberdade, que só pode se dar entre seres livres e conscientes dessa liberdade¹⁸⁰.

Para HEGEL, o ponto de chegada da dialética do espírito objetivo e, igualmente, da dialética do reconhecimento, é o Estado, e afirma-o categorialmente no § 260 da *Filosofia do Direito*: “O Estado é a efetividade da liberdade concreta”¹⁸¹. E este, em sua cumeada, aparece como Estado constitucional, que emerge da Revolução. É ele a efetividade concreta da liberdade vista por HEGEL:

“O Estado que realiza o seu conceito, portanto, no momento superior da sua *Wirklichkeit* é o Estado constitucional, em que a constituição, forma superior de sistematização de toda a vida ética da comunidade, se produza como constituição escrita. Coerentemente com sua tese sobre o direito positivo, a constituição escrita é a última ou mais perfeita forma de constituição do Estado”¹⁸².

SALGADO, em sua *Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo*, atualiza a dialética hegeliana, apontando o Estado Democrático de Direito, que se apoia, materialmente, na universalidade dos direitos fundamentais e, formalmente, na universalidade do reconhecimento de participação no processo político de forma igualitária. Trata, apoiado em sólidas bases hegelianas, de apresentar as bases

¹⁷⁹ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 358.

¹⁸⁰ V. SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, *cit.*, p. 11; SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

¹⁸¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, cit.*, p. 395 [§260]: “Der Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit”.

¹⁸² SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 416.

jusfilosóficas do ponto de chegada do desenvolvimento do espírito, na atualidade, portanto, sem se descuidar da processualidade histórica da idéia de justiça e do desenvolvimento da juridicidade, cujos alicerces resgata do direito romano. É o Estado Democrático de Direito que emerge como ponto de chegada do direito, concebido, em razão da citada universalidade material e formal, como *maximum ethicum* de uma cultura. Não é o político, ou seja, uma Filosofia do Estado – ao contrário do resultado que HEGEL chegou, e, aliás, é lícito afirmar, só a esse resultado poderia ter o filósofo alemão alcançado, no alvorecer do Estado de Direito, no século XIX – que aparece como o universal, mas a Filosofia do Direito, cujo objeto é o direito¹⁸³, realidade esta, sem dúvida, interdependente do fenômeno estatal. Afinal,

“o político já está juridicizado nos direitos políticos e no núcleo constitucional dos direitos fundamentais. O político permanece na pura procedimentalidade, mesmo quando se trata da legitimidade do poder fundada na vontade popular. A legitimidade fundamenta-se juridicamente numa norma que rege o procedimento da vontade geradora do poder político. E a primeira norma em que se fundamenta o Estado Democrático é a da participação igualitária na formação da vontade estatal”¹⁸⁴.

O reconhecimento universal dos valores de cumeada de um grupo é que os faz ingressar na ordem jurídica, em regra por meio da procedimentalidade política, permitindo, como se observa no direito contemporâneo, que a particularidade dos sistemas éticos plurais e regionalizados possam conviver com a ordem axiológica objetivada que o direito representa:

“somente, porém, quando há valores éticos comuns a todos esses grupos ou sistemas, portanto quando se alçam materialmente à categoria da universalidade, como valores

¹⁸³ SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, cit., p. 7.

¹⁸⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, cit., p. 7.

de todos os membros da sociedade, e como tais reconhecidos, podem esses valores éticos ingressar na esfera do direito”¹⁸⁵.

Ora, o Estado Democrático de Direito é a forma de efetivação desse ideal de compartilhamento de valores, transformados em princípios jurídicos, o que foi muito bem sinalizado pelo constitucionalismo, e concretizado na segunda metade do século XX. A novidade que aparece, nos albores do século XXI, é a cada vez mais forte comunhão de valores entre os Estados, o que possibilita, a partir do seu reconhecimento pelos Estados e demais atores internacionais, a construção de um sistema jurídico mais integrado e consistente, que busca se constituir como forma apta a debelar as incoerências e injustiças que se verificam no plano internacional, exigindo, para tanto, a reconstrução do conceito de soberania.

¹⁸⁵ SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, cit., p. 9.

2. DO DIREITO NATURAL ÀS DECLARAÇÕES DE DIREITO

2.1. Raízes Filosóficas da Universalidade do Direito

O Direito Ocidental¹⁸⁶ aprofundou a formação da sua base material na Grécia Antiga, e, aproximadamente no período denominado Grécia Clássica, desenvolveu-se de modo acelerado. O processo de diferenciação do discurso jurídico, principalmente em relação às normas morais e religiosas, bem como a sua estruturação formal, deu-se em Roma, a partir do Direito Romano Clássico¹⁸⁷.

Uma das características centrais da fundação ocidental do valor denominado justiça, na Grécia, é a sua universalidade. A consciência grega não só postulou essa universalidade – desenvolvida ainda de forma imprecisa, como mito, o que formalmente não a diferencia de outras civilizações¹⁸⁸ – do justo que a todos sujeita, mas deram um passo decisivo: vivenciaram-na de forma política, na experiência democrática grega, e a pensaram, na filosofia, na forma de um *kosmos*.

A universalidade da justiça é senão reflexo e corolário da universalidade do *logos*, entendido como a diferenciação discursiva de justificação da realidade em relação à modalidade anterior, o *mito*, que ali floresce. Necessário

¹⁸⁶ Doravante utilizaremos apenas o termo “Direito” significando “Direito Ocidental”, e, ainda mais, se referindo especialmente a um dos dois sistemas que fazem parte dessa categoria: o sistema Europeu continental, denominado Romanístico-Germânico. Quando necessário for, será feita a distinção em relação ao sistema Anglo-saxão, ou sistema de Common Law, adotado em suas bases pela Inglaterra e Estados Unidos, bem como a outros sistemas jurídicos, como o chinês, o hindu, o africano etc. V. LOSANO, Mário. *Os Grandes Sistemas Jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁸⁷ V. SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit.

¹⁸⁸ Formalmente a sujeição do homem a Deuses e a uma justiça cosmológica é ancestral aos gregos. Nada obstante, quando se examina o conteúdo material relativo à justiça dos mitos gregos, que, aliás, é nesses sobressaliente, constata-se a sua diferenciação, v. BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça...*, cit., p. 74-82.

se faz, antes de se examinar a constituição da universalidade da justiça na Grécia e no Direito Natural Antigo, precisar conceitualmente a ambos, *mito* e *logos*.

“Mitos explicam o mundo sobre histórias”¹⁸⁹. Possuem a função de responder, imediatamente, as questões fundamentais da vida: de onde viemos, para onde vamos, como e o que devemos fazer. São sempre contestáveis, contraditórios e relativos vistos de uma perspectiva externa, mas tomados por verdade por aqueles que os vivenciam. Exercem a função de prover uma resposta ao medo da contingência e imprevisibilidade da realidade, fornecem senso de orientação e, dada a impossibilidade de apreensão de toda a realidade pelo indivíduo, resumem-na, a partir de uma visão de mundo coerente – não são, portanto, irracionais, como afirma CASSIRER:

“Aqui percebemos um dos elementos essenciais do mito. Mitos não se originam sozinhos de processos intelectuais; ele se externaliza de sentimentos humanos profundos. Nada obstante todas as teorias que acentuam apenas o elemento emocional, passam despercebidas por esse ponto essencial: mitos não podem ser designados como sentimentos, pois eles são expressão do sentimento. A expressão de um sentir não é o próprio sentir – ele é sentimento transformado numa imagem. Esse fato induz a uma mudança radical. O que era até agora foi sentido como obscuro e vago, assume então uma forma definida; o que foi uma situação passiva, torna um processo ativo”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ „Mythen erklären die Welt über Geschichten“. DEPENHEUER, Otto. Die Kraft des Mythos und die Rationalität des Rechts. Einführung. In: DEPENHEUER, Otto (Org.). *Mythos als Schicksal: was konstituiert die Verfassung?* Wiesbaden: Vs Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, p. 7.

¹⁹⁰ CASSIRER, Ernst. Der Mythos des Staates. In: BARNER, Wildried; DEKTEN; Anke; WESCHE, Jörg (Org.). *Texte zur modernen Mythentheorie*. Stuttgart: Reclam, 2007, p. 44, no original: „Hier erfassen wir eines der wesentlichsten Elemente des Mythos. Mythos entsteht nicht allein aus intellektuellen Prozessen; er sproßt hervor aus tiefen menschlichen Gefühlen. Dennoch gehen andererseits alle Theorien, die nur das emotionale Element betonen, an einem wesentlichen Punkt vorbei. Mythos kann nicht als bloßes

São, na verdade, “um passado condensado”, e forjam uma verdade, tornando as alternativas a ela invisíveis. A cosmovisão (*Weltanschauung*), formada no processo de socialização, de forma inconsciente, é constituída por uma narrativa eminentemente mitológica¹⁹¹.

Perguntas fundamentais e as respostas a elas distinguem-se qualitativamente – pelo seu nível de profundidade argumentativa, fundamentação última na realidade e pela presença exclusiva de elementos lógicos – do que até então se conhecia. Não apenas indagações com vistas a conhecer e explicar o mundo, também as ações humanas, sobretudo o agir político e as normas, passam a exigir a sua justificação discursivamente.

Em vários sentidos, exceto no especulativo-filosófico, não é correto afirmar que o *logos, strictu sensu*, supera o mito, preconceito e pretensão do projeto iluminista¹⁹². *Logos* e mito desenvolvem-se historicamente¹⁹³, desempenhando cada

Gefühl bezeichnet werden, weil er *Ausdruck* des Gefühls ist. Der Ausdruck eines Fühlens ist nicht das Fühlen selbst – er ist Gefühl in Bild gewandelt. Diese Tatsache bedingt einen radikalen Wechsel. Was bisher dunkel und undeutlich gefühlt wurde, nimmt nun eine bestimmte Gestalt an; was ein passiver Zustand war, wird ein aktiver Prozeß.“ (tradução livre). Ainda, segundo CASSIRER, o grande traço que distingue o mito do pensamento lógico é que este último é analítico, enquanto o primeiro traduz uma visão sintética da vida, CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o Homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Trad. Tomas Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 135.

¹⁹¹ Cf. DEPENHEUER, Die Kraft des Mythos..., *cit.*, in: DEPENHEUER, *Mythos als Schicksal...*, *op. cit.*, p. 7-9.

¹⁹² O projeto iluminista, apoiado na racionalidade analítica do entendimento, reduz a realidade àquilo que é se permite mensurável, preferivelmente a cifras que possam ser objeto de operadores lógico-objetivos. Tenta reduzir a legitimação da ação política a um procedimento com regras pré-estabelecidas [V. LUHMANM, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993, p. 402]; MAYOS, *Modernidad y Racionalidad...*, *op. cit.*, p. 47-72], ante a feroz desconstrução de qualquer possível discurso referente ao bem-comum. A materialidade do direito se esvai numa forma de positivismo procedimentalista, restando como seu último critério o número: aquele necessário à formação da maioria parlamentar – simples ou qualificada – requerida, conforme a exigência constitucional. Perceber a cegueira epistemológica ao desenvolvimento material

qual funções distintas. **O mito não é expurgado da realidade a partir da diferenciação operada pelo logos, pelo contrário, é constitutivo, elemento ontológico do humano¹⁹⁴, e a sua presença persiste perenemente¹⁹⁵.** No presente mundo “secularizado”, basta pensar no substrato mítico que concederam forças às grandes ideologias, tais quais o Comunismo e o Capitalismo, ambas se aceitando, internamente, como a única capaz de realmente refletir a natureza humana e promover aquilo que se considera então o melhor ao homem, sem possibilidade de conciliação. Ou, então, a crença que se deposita hoje nos Direitos Humanos e até mesmo a sua exportabilidade a todas as culturas e civilizações¹⁹⁶ do mundo, posto que vistos como uma categoria inerente à natureza de qualquer e todo homem, e não uma construção cultural, historicamente situada.

Há uma dialética entre mito e logos, na qual o segundo desdobra-se em entendimento e razão – e a reflexão sobre a realidade efetiva (*Wirklichkeit*) se dá pelo conhecimento filosófico, capaz de integrar mito, entendimento e razão, ser e

do Direito – ou seja, sua crescente universalização e proteção ao homem – sobretudo face à complexidade e abertura hermenêutica na elaboração de tal saber, é passo decisivo percepção da mitologia do do racional que permeia o nosso tempo, na qual apenas uma parte do logos – seu aspecto analítico, ou o “entendimento”, em termos hegelianos – é considerada, e, outra, descartada. V. DEPENHEUER, *Die Kraft des Mythos...*, cit., in: DEPENHEUER, *Mythos als Schicksal...*, op. cit., p. 14-7; DEPENHEUER, *Zählen statt Urteilen...* cit., op. cit., p. 177-180.

¹⁹³ Cf. HEGEL, G. W. F. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*. 2. ed. Heidelberg: August D., 1827, p. 95, § 82.

¹⁹⁴ V. MARQUARD, Odo. *Lob des Polytheismus*, in: BARNER; DEKTEN; WESCHE, *Texte zur modernen Mythentheorie...*, op. cit., p. 223.

¹⁹⁵ „Denn der Mythos ist nicht wirklich besiegt und unterdrückt worden. Er ist immer da, versteckt im Dunkel und auf seine Stunde und Gelegenheit wartend. Diese Stunde kommt, sobald die anderen bindenden Kräfte im sozialen Leben des Menschen aus dem einen oder anderen Grunde ihre Kraft verlieren und nicht länger imstande sind, die dämonischen mythischen Kräfte zu bekämpfen“. CASSIRER, *Der Mythos des Staates*, In: BARNER; DEKTEN; WESCHE, *Texte zur modernen Mythentheorie...*, op. cit., p. 49.

¹⁹⁶ HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 233, 2009, p. 235-9.

dever-ser, sem desprezar estes elementos¹⁹⁷. Por essa razão é que, **apenas no nível argumentativo da Filosofia, pode-se afirmar que o logos supera o mito, no sentido de que ela o suprassume (*aufheben*)¹⁹⁸, ou seja, supera, mas conservando-o.**

LEGRAND traz uma profusão de traduções para *logos*, a saber:

“Norma do mundo (Frankel), Relação (ou ‘Proporção’ pitagórica), Explicação ‘discursiva’ (o que faz de Heráclito um pseudo-Eleata...!) ou até Razão (no sentido ‘racionalista’ [Solovine], o que falseia gravemente o pensamento do Éfeso), Lei do Devir (Lassalle), Definição, Fórmula, Sentido da Fórmula, Enunciado, Narração, Lição, Coleção, Dizer (as exegeses de Heidegger parecem flutuar entre esses dois últimos sentidos), ‘negligenciando’ o sentido de Narração, ou o sentido de Mito, e, definitivamente, a tradução cristã que assimila o Logos heraclítico ao do Evangelho segundo São João, via neoplatonismo!”¹⁹⁹

¹⁹⁷ Tal constatação, assentada em bases hegelianas, foi inicialmente desenvolvida em nossa Dissertação de Mestrado, com foco no surgimento das elementos fundantes do Direito e da racionalidade jurídica na Grécia, a partir da dialética entre *mythos*, *logos* e *nomos*, isto é, o modo de pensar a realidade humana elaborada pelos mitos, pelos pré-socráticos e, por fim, pelos sofistas. Nesses três momentos encontram-se, *in herba*, recursos elementares ao posterior desdobramento do fenômeno jurídico. V. BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental*, cit..

¹⁹⁸ Suprassumir foi a solução encontrada para a tradução do importante conceito oriundo da filosofia hegeliana: *aufheben* (verbo, suprassumir) ou *Aufhebung* (substantivo, suprassumir). «Le néologisme ‘sursomption’ a été suggéré par Y. Gauthier. ‘Nous proposons’, écrit-il, ‘la traduction ‘sursumer’ et ‘sursomption’ pour ‘aufheben’ et ‘Aufhebung’. La dérivation étymologique s’appuie sur le modèle ‘assumer — assumption’. La sémantique du mot correspond à l’antonyme de ‘subsomption’ que l’on trouve chez Kant. La sursomption définit donc une opération contraire à celle de la subsomption, qui consiste à poser la partie dans ou sous la totalité ; la sursomption, l’‘Aufhebung’, désigne le procès de la totalisation de la partie. Voir là-dessus la Logique d’Iéna », LUC, Laurent-Paul. *La théorie hégélienne du savoir. Philosophiques*, Québec, Société de Philosophie du Québec, v. 7, n. 1, 1980, p. 62, disponível em <<http://id.erudit.org/iderudit/203131ar>>, consultado em 08 de janeiro de 2012.

¹⁹⁹ LEGRAND, Gérard. *Os Pré-Socráticos*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 57.

Logos foi definido nos albores da filosofia grega, pré-socrática, e HERÁCLITO desempenhou um importante papel na formulação teórica do perceber desse novo modo de conceber o mundo através da palavra, do discurso, e por isso e através destes revelado e exposto (*Enthüllte, λεγόμενον*), que é o compreensível, o sentido: o ente (*Seiende*) mesmo mostrado como si, e como compreensivelmente tornado coisa mesma, a todos vinculante²⁰⁰. É exatamente nessa vinculação a todos que reside a universalidade do *logos* grego, tomado como razão e, principalmente, como o desvelando (*Enthüllende, λέγειν*), ou, nas palavras de HEIDEGGER, “não apenas o fundamento, mas o que se faz acessível como fundamento”²⁰¹.

PLATÃO possui plena consciência do formidável recurso que estava a sua disposição, pois, em sentido lato, como “discurso”, que designa simplesmente o pensar (*διάνοιαν*) manifestado pela voz (*διά φωνής*) através de verbos e substantivos (*μετά ρημάτων τε χαί ὀνομάτων*), empregou em sua obra o mito a serviço do *λόγος*: o mito é um poderoso meio de comunicação e dispõe de alta eficácia persuasiva, capaz ainda de transmitir o conhecimento e modificar o comportamento dos homens e da *polis* ²⁰².

²⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. *Die Grundbegriffe der Antiken Philosophie*. Gesamtausgabe, Band 22. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 59. A tradução dessa passagem para o Português apresenta dificuldade: “Das aufgezeigte Seiende selbs als aufgezeigt und als diese *verständlich* gewordene Sache selbst für jeden verbindlich”.

²⁰¹ “Nicht nur noch Grund, sondern was selbst so etwas wie Grund zugänglich macht”, HEIDEGGER, *Die Grundbegriffe der Antiken Philosophie, cit.*, p. 59 (tradução livre).

²⁰² V. BAMBIRRA; SILVA; Breve Contribuição à Antropologia Jurídica... *cit.*, *op. cit.*, p. 8678-702. Acrescenta-se que, “ao opor *mûthos* e *lógos* como o discurso não-verificável ao discurso verificável e como a narrativa ao discurso argumentativo, Platão reorganiza de modo original e decisivo o vocabulário da palavra em grego antigo em função de seu objetivo principal: fazer do discurso do filósofo o padrão basilar para a determinação da validade de todos os outros tipos de discursos, incluído aí sobretudo o do poeta”, BRISSON, *Platon les mots et les mythes... cit.* Ainda acerca da ressignificação do sentido de *logos* e *mythos* presente em HOMERO e HESÍODO, elaborada por PLATAO, v. LINCON; Bruce. Gendered Discourses: The Early History of "Mythos" and "Logos". *In: History of*

A universalidade do λόγος, que se refletirá na universalidade da idéia de justiça já na Grécia dos primórdios da filosofia, fundamenta-se de modo lógico, cosmológico e antropológico.

O fundamento lógico teve as suas bases apresentadas. Consiste em ser o λόγος o desvelar da presença do ser no ente – o que, aliás, é uma diferença fundamental da filosofia para as ciências positivas. Esse desvelar abre à verdade (ἀλήθεια) o real, surgindo a pluralidade de sentidos mencionada. Esses sentidos, porém, são compartilháveis, e isso confere ao λόγος a característica de universal. O contrário de λόγος é χρύπτειν, o coberto, escondido, o encriptado, que não se dá à razão, e este mesmo é o des-coberto, que, nas palavras de HEIDEGGER, a filosofia forçadamente leva, da φύσις ao λόγος²⁰³.

Os fundamentos cosmológicos e antropológicos são interdependentes: a visão de mundo grega percebe o todo, o real, como κόσμος, vale dizer, totalidade ordenada, harmônica e, por isso, aberta a ser desvelada, descoberta. Inclusive o homem, parte desse κόσμος – e aqui já se aponta o fundamento antropológico – é capaz de explicar e ser explicado, posto que portador do λόγος: há uma correspondência entre a ordenação da totalidade e as suas partes, seja na organização da natureza ou do mundo da cultura.

O aspecto antropológico da fundação de uma cultura da razão universal já apresenta vestígios no mito grego, que se diferencia dos demais mitos da antiguidade pela dignidade com a qual o homem é tratado²⁰⁴. Com os pré-

Religions, V. 36, N. 1, Aug. 1996, [S/L]: University of Chicago Press (Aug., 1996), p. 1-12, disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3176470>>, consultado em 10 de Janeiro de 2013.

²⁰³ HEIDEGGER, Martin. *Die Grundbegriffe der Metaphysik: Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*. Gesamtausgabe, Band 29/30. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992, p. 41-5.

²⁰⁴ V. JAEGER, Werner. *Alabanza de la Ley: los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Trad. A. Truyol y Serra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953, p. 18-20.

socráticos, a exemplo de HERÁCLITO²⁰⁵, DIÓGENES DE APOLÔNIA²⁰⁶, dos Sofistas²⁰⁷ – basta lembrar o homem como medida universal de PROTÁGORAS²⁰⁸ – e seu grande adversário, Sócrates²⁰⁹, foi formado o material posteriormente traduzido em sistemas filosóficos por PLATÃO e ARISTÓTELES, que, peremptoriamente, sustentaram a condição humana, universal e exclusiva, de portador de λόγος.

Para PLATÃO a razão é distribuída universalmente, vale dizer, para todos os homens, ainda que em diferentes medidas. Cada qual, porém,

JAEGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. Trad. Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 80-3. BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental, cit.*, p. 75.

²⁰⁵ V. os fragmentos 115 e 116 de Heráclito, que apontam para distribuição universal do logos nos homens, bem como a sua capacidade de aprimoramento: “A alma tem o seu próprio logos, que aumenta a si próprio” [DK 22 B 115] e n. 116, “Todos os homens tem a capacidade de conhecerem a si mesmos, e agirem com moderação” [DK 22 B 116]. Acerca da alma, cabe ressaltar que “relacionada ao corpo, a estrutura da alma em HERÁCLITO também se liga a todo o universo, pois é constituída do fogo, o elemento que o filósofo considera primordial (*arquê*) [...] O que importa salientar, entretanto, é que o intelecto encontra-se na alma, conferindo à teoria de HERÁCLITO um caráter psicológico-racionalista” [BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental, cit.*, p. 114-5]. HEIDEGGER anota que: “Ele [o ente] aumenta a si mesmo, ele se desvela por si mesmo e seque aquilo que estava acobertado, desenvolve a riqueza de sentido a partir de si mesmo”, HEIDEGGER, *Die Grundbegriffe der Antiken Philosophie, cit.*, p. 60, no original: “Es mehrt sich selbst, es enthüllt von sich aus und folgt dem, was eingehüllt ist, entwickelt den Reichtum des Sinnes aus ihr selbst”.

²⁰⁶ “Em primeiro lugar, é exaltada a superioridade do homem sobre os outros animais (provavelmente contra Protágoras) que se manifesta na estação vertical e na marcha, e no olhar voltado para o alto, mostrando a aptidão do homem para a contemplação dos astros [...] celebra-se, em seguida, a habilidade das mãos humanas, obreiras da *téchne*, e exalta-se a prerrogativa da linguagem, manifestação do pensamento (*logos*)”, LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Antropologia Filosófica*. V. I. São Paulo: Loyola, 1991, p. 23-4.

²⁰⁷ BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental, cit.*, p. 150-89

²⁰⁸ BAMBIRRA, *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental, cit.*, p. 141-2.

²⁰⁹ Ao encorajar a busca pelo conhecimento do eu interior, a agir pelos preceitos de moderação, destacando a relação dialógica como elemento primordial do homem, tem o chamado intelectualismo socrático uma ligação profunda com o desenvolvimento do ser humano como o *zoo logikon*, o ser que tem logos, cf. LIMA VAZ, *Antropologia..., cit.*, V. I, p. 29.

contemplou a verdade com a sua alma imortal e tem condições de pensar demonstrativamente – apesar de alguns serem mais turvados pelo aprisionamento da alma pelo corpo, desorientando-os na sua contemplação do real²¹⁰. A alma, conhecedora parcial da verdade, pode apreender, ser ensinada, e assim melhorar-se²¹¹, o que implica a responsabilidade do homem pelo seu destino²¹². ARISTÓTELES comunga de visão semelhante em relação ao compartilhamento da razão humana e designou o homem não apenas como ζῷον πολιτικόν, animal político, mas igualmente como ζῷον λόγον ἔχον, animal dotado de λόγος²¹³, de linguagem –

²¹⁰ Cf. PLATÃO. Fedro, *in: Diálogos; Mênon – Banquete – Fedro*. Trad. Jorge Paleikat. [s/l]: Tecnoprint, [s/d], p. 226-8 [248-9]: “aquela [alma] que mais contemplou [verdades] gerará um filósofo, um esteta ou um amante favorito das Musas; a alma de segundo grau irá formar um rei legislador, guerreiro ou dominador; a do terceiro grau forma um político, um economista ou financista; a do quarto, um atleta incansável ou um médico; a do quinto seguirá a vida de um profeta ou adepto dos mistérios; a do sexto terá a existência de um poeta ou qualquer outro produtor de imitações; a do sétimo, a de um operário ou camponês; a do oitavo, a de um sofista ou demagogo; a do nono, a de um tirano (...) A alma que nunca contemplou a verdade não pode tomar a forma humana. A causa disso é a seguinte: É que a inteligência do homem deve se exercer segundo aquilo que se chama Idéia; isto é, elevar-se da multiplicidade das sensações à unidade racional. Ora, esta faculdade não é mais que a recordação das Verdades Eternas que a nossa alma contemplou quando acompanhou a alma divina nas suas evoluções”. V. REALE, Giovanni. *Corpo, alma e saúde; o conceito de homem de Homero a Platão*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Paulos, 2002, p. 176-7; CARDOSO, Delmar. *A alma como centro do filosofar de Platão: uma leitura concêntrica do Fedro à luz da interpretação de Franco Trabattoni*. São Paulo: Loyola, 2006; GROETHUYSEN, Bernard. *Antropologia Filosófica*. Trad. Lurdes Jacob e Jorge Ramalho. Lisboa: Presença, 1953, p. 25-6.

²¹¹ JAEGER, *Paidéia...*, *cit.*, p. 810.

²¹² Cf. desenvolvido no *Mito de Er*, PLATÃO. *A República*. Trad. J. Guinsburg. V. II. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1953, p. 218-60 [614b-612b]

²¹³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1984, p. 63-4 [I 13]; v. HÖFFE, Otfried. Grundaussagen über den Menschen, *In: Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 30, H. 2, Apr. - Jun, pp. 227-245, [s/l]: Vittorio Klostermann, 1976.

condição de possibilidade para que seja animal político (βίος πολιτικός) – e não mero animal social – e teóricico (βίος θεωρητικός)²¹⁴.

Como afirma SALGADO,

“Não é novidade dizer que o ‘milagre grego’ se constituiu exatamente em que o grego ‘descobriu’ a razão, isto é, o universal. Trata-se, a princípio, de um universal abstrato, que se procura a partir das semelhanças entre as coisas, com o expurgo de tudo que elas têm de diferente, à guisa do conceito aristotélico formulado a partir da indução. Mesmo nessa fase abstrata, aliás, principalmente nela, o universal e a expressão da igualdade, pois que, sem que haja igualdade entre as coisas, não é possível formular um conceito universal”²¹⁵.

Vista em perspectiva, as transformações na imagem que o homem faz de si ali iniciadas acabarão se transmutando numa verdadeira Teodicéia, na qual primeiro os Deuses tornam-se humanizados²¹⁶; ao longo dos séculos, o λόγος se fez carne²¹⁷, e homem converteu-se não apenas na *imago Dei*²¹⁸ judaica, mas na

²¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, cit., p. 227-36 [X 6-9]. Conclui HÖFFE que “A derradeira referencia aristotélica sobre o homem não é que ele é por natureza político ou racional. Ele é muito mais a idiossincrática dialética que se mostra entre a exata perspectiva de ambas as determinações. O homem se encontra numa tensão principal entre a sua possibilidade de existência teórica e política”, HÖFFE, *Grundaussagen über den Menschen*, cit., in: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, op. cit., p. 245, no original: „Aristoteles' letzte Auskunft über den Menschen ist nicht, daß er von Natur aus politisch oder daß er vernünftig sei. Es ist vielmehr die eigentümliche Dialektik, die sich bei genauerem Hinsehen zwischen den beiden Bestimmungen zeigt. Der Mensch steht in einer prinzipiellen Spannung, in der zwischen seiner politischen und seiner theoretischen Existenzmöglichkeit.“.

²¹⁵ SALGADO, *Idéia de Justiça em Kant...*, cit., p. 219.

²¹⁶ A mitologia antropomórfica grega, a qual se refere o filósofo, v. NIETZSCHE, Friedrich. *O Nascimento da Tragédia no Espírito da Música*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 29.

²¹⁷ “A Palavra se tornou um ser humano e morou entre nós. Vimos a sua glória, cheia de amor e de verdade; foi essa a glória que ele recebeu como Filho único do Pai”, BÍBLIA

substância constituída em dignidade, como afirma Tomás de Aquino. Na Modernidade, o bem e mal residem apenas no próprio humano – *homo homini lupus*, nas palavras de HOBBS – para, finalmente, o indivíduo se ver como o único Deus pensável, criador do bem, do mal e, atravessando as últimas fronteiras que o separam de Deus, da própria vida e do *ser* - porém, o mais interessante, ainda temendo a sua *hybris*²¹⁹. A Teodiceia, justiça e justificação dos deuses (θεός e δίκη), encontram a sua verdade na contemporaneidade como sendo tão somente Ανθρωποδικία, *Antropodicéia*.

A diferenciação estabelecida entre mito e logos deixa antever que a tessitura do primeiro, tramada de modo impermeável a outras verdades que não a sua, sequer permite se colocar esse problema da externalidade, de outros pontos de vista e verdades. Não importa ao mito se há outros mitos, se são ou não compatíveis: ele é simplesmente vivido, olvidando-se de qualquer alternativa. Já o discurso lógico possui a pretensão de universalidade, no sentido de assumir como objetivo de seu discurso o convencimento sobre a sua veracidade, ao contrário do mito, que ignora os demais discursos. A argumentação lógica sabe da existência de outras possibilidades e é preparada para enfrentá-las a partir de regras ou premissas universais, engendrando-se de forma preferencialmente a se tornar apodítico – ele se expõe ciente dessa premissa, tendo como característica a sua

SAGRADA; tradução na linguagem de hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988, João I, 14.

²¹⁸ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3-35.

²¹⁹ Esse temor afeta especialmente as ciências. O homem escolhe, deliberadamente, não mais saber sobre determinados temas sensíveis, ou, sabendo, não fazer. Para além de normas de cunho ético, fala-se até mesmo num *princípio da precaução* – não fazer até ter certeza. Indaga-se: como? Afinal, o que marca o conhecimento científico é a sua falseabilidade e transitoriedade.

refutabilidade. Trata-se de encontrar uma explicação para o real melhor que as antecedentes.

Esse é o gérmen – inclusive do conceito de dignidade humana, gestado no encontro dos mitos e do *logos* grego com o cristão – que se desenvolverá e desdobrar-se-á em subsequentes momentos ao longo da história, e exigirá crescentemente a justificação teleológica da fruição pelos homens, em diferenciadas medidas isonômicas, dos bens do mundo e da cultura²²⁰.

Nos tópicos subsequentes debruçar-se-á sobre momentos paradigmáticos das grandes jusfilosofias do Ocidente – não se pretende, portanto, refazer um percurso histórico, mas sim examinar suscintamente, na obra de pensadores seminais para o desenvolvimento da Filosofia do Direito e, conseqüentemente, para o que hoje denominamos direitos humanos, o próprio caráter de universalidade do direito, desenvolvido como direito natural. Na Filosofia Antiga priorizar-se-á os grandes sistemas filosóficos de PLATÃO e ARISTÓTELES e a obra de CÍCERO, em Roma; no período do Cristianismo, AGOSTINHO DE HIPONA e SÃO TOMÁS DE AQUINO; na Modernidade, o desenvolvimento do direito natural através do contratualismo, até, finalmente, chegar às grandes declarações, ou seja, a positivação solene desse desenvolvimento filosófico.

2.2. O Justo Universalmente Pensado na Filosofia Antiga

A efetividade jurídica e, portanto, da justiça, é o resultado dialético do justo idealmente pensado e do resultado do processo jurídico que põe a norma

²²⁰ Com razão, SALGADO sublinha o passo decisivo que foi dado em Roma, quando então o justo passa a ser objeto do Direito, e não um conceito que permeia toda a vida social, de forma abstrata, como da Grécia, *cf.* SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, *cit.*, p. 4.

como direito válido, mas ainda abstrato. É a decisão do interprete que opera a mediação dialética entre ambas as categorias, ao ter de fundamentar, de modo científico – utilizando portanto categorias postuladas como universalmente válidas²²¹ – não só as escolhas tomadas com vista a resolver os conflitos humanos que surgem, mas igualmente as decisões que envolvem a *res publicae* e que devem ser justificadas – e assim legitimadas – pelo direito. Pelo apresentado, apesar dos Gregos terem vivido a sua universalidade da justiça política na forma de uma efêmera, mas intensa, experiência democrática, foram os romanos que ampliaram o alcance da universalidade da justiça e, a partir daí, do direito²²².

Na Grécia e em Roma a liberdade convive com a anti-liberdade, seu outro polo dialético, manifestado na escravidão e no alheamento de grande contingente populacional da participação na liberdade e na justiça em seu conceito efetivo.

A democracia Grega viveu seu momento de esplendor entre as duas guerras, a contra os Persas e a do Peloponeso. Neste momento, percebe-se a concretização do ideal de universalidade na política, na medida em que a participação na vida da *polis* era fundamental a cada cidadão grego. Além disso, a experiência democrática irá marcar profundamente a filosofia platônica e aristotélica, deixando-se perceber na constituição da República Romana, e

²²¹ Cf. SALGADO, essas categorias se dividem entre categorias de existência – a distinção ontológica entre coisa e pessoa e *actio* – e essência: bilateralidade, exigibilidade, irresistibilidade e a universalidade, SALGADO, *A Idéia de justiça no mundo contemporâneo*, cit., p. 79-86.

²²² “O conceito de pessoa é um passo gigantesco na formação do direito e da cultura ocidental, com relação ao cidadão grego imerso na função inconsciente de elemento da *polis*. É no conceito romano de pessoa que se concentra e se mostra a liberdade e não na imprecisa autonomia do cidadão grego, pois faltam a este a individualidade”, SALGADO, *A Idéia de justiça no mundo contemporâneo*, cit., p. 70.

igualmente em todo o desenvolvimento político, filosófico e jurídico da cultura ocidental.

A famosa democracia de PÉRICLES baseava-se em dois princípios: (i) o poder deve pertencer ao povo (aos cidadãos) em seu conjunto e não a uma pequena parte dos cidadãos; (ii) os altos cargos públicos, que conferem o direito de aconselhar o povo, e de em nome dele agir, devem ser confiados àqueles que são os mais aptos e competentes para assumí-los. Para tanto, os cargos seriam remunerados, permitindo-se inclusive aos cidadãos pobres tomarem parte na política²²³.

A imortalização do nascimento do direito natural na Grécia se deu, inicialmente, não pela filosofia, mas através das mãos de SÓFOCLES, no clássico *Antígona*²²⁴. Filosoficamente, uma teoria do Direito Natural encontra já seus primeiros traços com os sofistas, que, principalmente ao nível retórico, servem-se da evocação ao direito natural para finalidades éticas diametralmente opostas, a saber, tanto justificar a lei do mais forte (direito natural do mais forte) – a exemplo de TRASÍMACO, GÓRGIAS e CÁLICLES – quanto para sublinhar a ausência de diferenças naturais entre helênicos e bárbaros – como em HIPPIAS DE ELLIS, ANTIFONTE e LICÓN. Nada obstante a perspicácia desses grandes humanistas, não nos legaram um sistema filosófico, o que dificultou a disseminação das suas

²²³ Cf. KERFERD, George Br. *Le Mouvement Sophistique*. Trad. Alonso Tordesillas et Didier Bigou. Paris : Vrin, 1999, p. 58.

²²⁴ SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. Em sentido contrário a esse entendimento, VILLEY: “Antígona não faz de forma alguma apelo, contra o decreto de Creontem à ordem natural (phýsis), mas expressamente à Díke e a Zeus, a leis religiosas, que, aliás, são aqui leis não escritas (ágraphoi nómoi) que cada um traz em sua consciência. Embora o uso seja esse e nesse sentido exista uma doutrina tradicional da lei de natureza, parece impróprio falar aqui de direito natural”, VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 18.

idéias até recentemente, senão através da visão parcial contida nos escritos de PLATAO e ARISTÓTELES²²⁵, em que são duramente criticados.

A decadência da democracia grega logo após a morte de Péricles, aliada à decepcionante condenação de SÓCRATES, levou o seu maior discípulo, PLATÃO, a pensar um novo sistema teórico de organização da *polis* e, sobretudo, de justiça – ou, ainda, a organização da *polis* segundo o justo – exposto nas páginas da *República*²²⁶. A teoria da justiça idealmente pensada pelo filósofo parte da homologia entre a constituição tripartite da alma humana, na qual a preponderância de cada uma dessas engendra uma virtude correspondente, que deverá ser colocada em função e a serviço da *polis*, para o seu funcionamento ótimo e harmônico. A justiça, assim, é dar a cada um o que é *seu*, e o *seu* são os seus bens e, especialmente, a sua função adequada na vida social²²⁷.

A virtude da justiça e o justo em-si são brindados com a perspectiva analítica de ARISTÓTELES. Em sua principal obra sobre a justiça – *Ética a Nicômaco* – esta é por último referida, dentro da categoria das virtudes do caráter, logo antes de iniciar sua teoria sobre as virtudes dianoéticas, o que já indica não só a dificuldade de fundação em uma única categoria desta virtude, mas também porque aquele que julga necessita de um bom caráter, e, igualmente, de determinação e acuidade intelectual²²⁸. O hábito do comportamento pautado pela

²²⁵ V. BAMBIRRA, Felipe Magalhães. A Inflexão Antropológica da Sofística nos Albores da Filosofia do Direito e do Estado. *Meritum* (FUMEC), v. 5, pp. 77-108, 2010. CASSIN, Barbara. *O Efeito Sofístico: sofística, filosofia, retórica, literatura*. Trad. Ana Lúcia de Oliveira, Maria Cristina Franco Ferraz e Paulo Pinheiro. São Paulo: editora 34, 2005.

²²⁶ PLATAO, *A República...*, *cit.*, p. 234-5, [443c-d].

²²⁷ “E por aí reconhecer-se-á que a justiça consiste em reter apenas os bens que nos pertencem como próprios e em exercer apenas a nossa própria função”, PLATAO, *A República*, *cit.*, p. 219, [434a].

²²⁸ WINTHROP, Delba. Aristotle and Theories of Justice. *In: The American Political Science Review*, [s/l], American Political Science Association, v. 72, n. 4, Dec., 1978, p. 1202.

reta razão (ορθός λόγος) é fundamental e deve permitir que não se desatine aos extremos da carência nem do excesso, mas, ao contrário, determina o agir proporcional e moderado²²⁹, aparecendo como o injusto aquele que não respeita a igualdade, a lei, ou age em excesso sem considerar aquilo que é absoluta ou relativamente bom²³⁰. A justiça não é apenas elemento do direito, mas virtude que deve governar a *praxis*, tendo em vista todo o *nomos*²³¹, vale dizer, o conjunto de regramento que rege a cultura, a totalidade de normas que devem determinar a conduta humana – daí denominada de *justiça total*, por se tratar de um conceito geral, que será posteriormente detalhado em suas várias espécies particulares pelo estagirita²³². Possui uma finalidade específica, um *telos*, que é o bem-comum da comunidade política.

Relevante, aqui, se faz a distinção elaborada por ARISTÓTELES entre o justo convencional e o justo por natureza, apesar de tal comentário do filósofo se restringir a poucas linhas da *Ética a Nicomaco*, e o título de ARISTÓTELES como um dos fundadores da teoria do Direito Natural ter sido construída muito mais através de seus comentadores, que buscam estabelecer a visão aristotélica sobre o tema a partir de sua obra²³³.

²²⁹ Sobre a teoria da μεσότης em ARISTÓTELES, v. WOLF, Ursula. Über den Sinn der Aristotelische Mesoteslehre. *Phronesis*, [s/l], Brill, v. 33, n. 1, pp. 54-75, 1988, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4182293>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.

²³⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, cit., p. 129 et seq [V-1].

²³¹ “Nomos para os homens dos tempos clássicos é alguma coisa que *nomizetai*, em que se crê, se pratica ou se sustenta ser certo; originalmente, alguma coisa que *nemetai*, é dividido, distribuído e dispensado. Quer dizer, pressupõe um sujeito agente – que crê, pratica ou divide – uma mente de que emana o nomos”, GUTHRIE, W. K. C. Os Sofistas. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995, p. 57.

²³² BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 41.

²³³ PLANTY-BONJOUR. Le Droit Naturel selon Aristote et les Déclarations des Droits de l'Homme. In: *Les Études philosophiques*, [s/l], Presses Universitaires de Francen. 2, Les

Ponto central do desenvolvimento do direito e da justiça como universais é a fundamentação teórica do Direito Natural elaborada pelo estoicismo. O Direito Natural foi tratado por CÍCERO essencialmente como norma, a partir da qual todo o direito positivo pode verificar a sua conformidade jurídica, e da qual, em última análise, o direito positivo retira a sua autoridade. Através dele pretende CÍCERO, nas páginas da *Res Publicae*²³⁴ e no *De Legibus*, fundar a legitimidade do Estado e da Constituição romana, elaborando o direito para todos os povos de bem, de modo que jamais poderia ser declarado inválido²³⁵. O direito natural para Cícero pode ser definido como aquele que une o conjunto de homens com os deuses, constituído através da única, eterna e imutável lei, identificada por CÍCERO segundo o modelo da *ratio summa insita in natura*, vale dizer, a razão

Droits de l'homme, Abr. – Jun., 1986, p. 145-6, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20848221>>, consultado em 15 de janeiro de 2013. YACK defende, com consistência, que o direito natural do convencional, para ARISTÓTELES, difere pelo *tipo de julgamento* que o agente elabora. Enquanto o primeiro tem em vista a justiça ou injustiça intrínseca do ato particular objeto de julgamento, o segundo tipo define atos de justiça ou injustiça que, se não houvesse a convenção, seriam indiferentes. O Direito Natural para o filósofo não teria a concepção de ser um padrão único, eterno, imutável e superior de justiça, mas natural na medida em que se desenvolve pela própria natureza da *polis*, sendo, como o estagirita afirma na passagem acima, mutável, variável: “Nature, according to Aristotle, provides us with a standard to determine which individuals should participate in political communities. It has equipped human beings (or at least some human beings) with capacities that lead them to develop communities in which they rely on one another's judgments about the intrinsic merits of their actions. It has not, however, equipped them with a final standard against which to measure those judgments”, cf. YACK, Bernard. Natural Right and Aristotle's Understanding of Justice. In: *Political Theory*, [s/l], Sage Publications, v. 18, n. 2, Mai., p. 216-37, 1990, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/191342>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.

²³⁴ CÍCERO, Marcus Tullius. *De re publica*. Versão Latim/Alemao, trad. Karl Büchner. Stuttgart: Reclam, 1979.

²³⁵ CÍCERO, Marcus Tullius. *Las Leyes* – edição bilingüe. Trad. Roger Labrousse. Madrid: Universidad de Puerto Rico, 1956, p. 36, 47: “Eas tu igitur leges rogabis videlicet quae numquam abrogentur (Leg. II, 14)”; “Non enim populo Romano sed omnibus bonis firmisque populis leges damus” (Leg. II, 35).

superior presente na natureza – mas, no caso, na *natura hominis*²³⁶. Na medida em que apenas os homens, como seres racionais, têm uma participação especial nessa razão divina – ordenadora do cosmos – pode a razão humana se converter em lei. Essa razão é capaz de orientar o homem no que ele deve fazer e não fazer, sendo a *iuris atque iniuriae regula*²³⁷, medida da justiça e injustiça²³⁸.

Na perspectiva do desenvolvimento político-jurídico, a pretensão de universalidade grega é reatualizada idealmente no cosmopolitismo estóico, e, descendo das idéias ao mundo, como superação do embate entre patrícios e plebeus da República Romana, aparece, de *urbe a orbis*, a Roma Imperial como *civitas maxima*, na forma de um império multicultural. A então divisão entre *jus civile* e *jus gentium* vai se tornando cada vez mais tênue, até que, com o Édito de Caracala, é concedida a cidadania universal em Roma.

Como anota MATOS, na época de Sêneca, o Império contava com cerca de 3.500 cidades sob seu domínio, com certo grau de autonomia, além de quase 5 milhões de cidadãos romanos. A cidadania romana era artigo cobiçado na

²³⁶ CICERO, *Las Leyes...*, cit., p. 8: “Atticus – Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas? Marcus – Non enim id quaerimus hoc sermone Pomponi, quem ad modum caveamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res magna sicut est, quae quondam a multis Claris viris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur, sed nobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est universi iuris ac legum, ut hoc civile quod decimus in parvum quondam et angustum locum concludatur [naturae]: natura enim iuris explicanda nobis est, aequae ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus civitates regi debeant; tum haec tractanda quae composita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostrum quidem populi latebunt quae vocantur iura civilian” (Leg I, 17).

²³⁷ V. CICERO, *Las Leyes...*, cit., p. 8-9: “Eadem ratio cum est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est” (Leg. II, 18-9); p. 34 (Leg. II, 11).

²³⁸ Cf. SPRUTE, Jürgen. Rechts- und Staatsphilosophie bei Cicero. In: *Phronesis*, [s/l], Brill, v. 28, n. 2, p. 1983, p. 166-8, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4182171>>, consultado em 15 de Janeiro de 2013.

Antiguidades, pois conferia privilégios ao seu possuidor, em qualquer parte do mundo em que estivesse, sendo ainda mesmo reconhecido por vários bárbaros²³⁹.

A cidadania constituía, basicamente, nos seguintes direitos:

“os principais direitos de natureza civil de que o *ciuis romanus* gozava eram o direito ao *tria nomina* (*praenomen*, *nomen* e *cognomen*), o direito de matrimônio (*connubium*) – que trazia consigo o direito ao pátrio poder, à fixação do regime dotal e aos respectivos legados sucessórios –, o direito ao *commercium*, o direito de testar e o direito de testemunhar. Entre os direitos políticos do cidadão de Roma havia o direito de votar nas Assembleias Populares e o de concorrer a cargos de Magistrado, prerrogativas que se verificaram com efetividade apenas durante a fase republicana. Integram ainda a esfera jurídica da cidadania romana o poder de requerer a *intercessio* de Tribunos ou de Magistrados, além do direito de ser julgado penalmente apenas por tribunais romanos. Em suma, a *ciuitas romana optimo iure* assegurava aos cidadãos um conjunto de *iura publica* que incluía o *ius census*, o *ius suffragii*, o *ius honorum*, o *ius prouocationis*, o *ius militiae* e vários outros, além da garantia do nome (*iura priuata*) e da liberdade pessoal”²⁴⁰.

As ideias relacionadas ao justo, ao direito e à política apresentadas encontram sua negatividade, a exigir superação no plano histórico-dialético a partir da pretensão de universalidade inerente à razão ocidental, atualizando a própria ideia de universalidade *em-si*, na particularização da distinção de tratamento do ser-humano como a) escravo e b) mulher. Ambos os pontos são tomados, aqui, paradigmaticamente, por se tratar não de uma exclusão verificada no plano empírico, mas porque são, em alguma medida, justificadas teoricamente.

²³⁹ MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. *O Estoicismo Imperial como Momento da Ideia de Justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stoá em Roma*. Tese de Doutorado em Direito. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2009, p. 319.

²⁴⁰ MATOS, *O Estoicismo... , cit.*, p. 322.

É a própria universalidade que, diante do negativo, como determinações do real, exigirá a suprassunção.

A escravidão em si não é problematizada por PLATÃO. No plano teórico há uma grande disputa acerca da admissibilidade da escravidão na cidade ideal gestada na *República*, objeto de controvérsias acadêmicas indefinidas, que partem, em suma, de argumentos pressupositivos. De qualquer modo, apesar de não afirmá-la, PLATÃO não a nega, e, considerando que se estava a pensar na cidade perfeita, a falta de liberdade dos escravos sequer parece lhe ocorrer – ou seja, tendo isto em mira, VLASTOS pressupõe que, vez que a escravidão fazia parte do *status quo*, se quisesse ter operado tamanha modificação, o filósofo teria explicitamente mencionado²⁴¹. O único argumento textual que dá suporte a tese de VLASTOS é a seguinte passagem:

“Entretanto - - continuei – se houvesse que decidir qual destas virtudes é a que, por sua presença, contribui principalmente para a perfeição da cidade, seria difícil dizer se é a conformidade de opinião entre os governantes e os governados, a salvaguarda, entre os guerreiros, da opinião legítima no concernente às coisas que são ou não são de temer, a sabedoria e a vigilância entre os chefes, ou se a que contribui principalmente para esta perfeição é a presença, na criança, na mulher, no escravo, no homem livre, no artesão, no governante e no governado, desta virtude pela qual cada um se ocupa de sua própria tarefa e não se imiscui de modo algum na de outrem”²⁴².

Nada obstante, não há qualquer referência teórica que dê suporte à existência de escravos na *República*, sendo tal opção inconsistente com a homologia entre a *polis* e a teoria da tripartição da alma. Mesmo o trabalho pesado, que é o

²⁴¹ VLASTOS, Gregory. Does Slavery Exist in Plato's Republic? *In: Classical Philology*. V. 63, N. 4, Out., Chicago: The University of Chicago Press, 1968, p. 291-295.

²⁴² PLATÃO, *A República, cit.*, V. I, p. 218 [433c].

tipo de labor mais negativamente visto, é assumido na *República* por uma determinada classe de cidadão, que não tem condições de fazer outra coisa²⁴³: daí indaga-se, com justiça, qual seria o trabalho a ser executado pelos escravos? Afinal, é o próprio PLATÃO que afirma: toda e qualquer diferença entre a função desempenhada por cada cidadão deve ser justificada²⁴⁴.

Não é o mesmo caso de quando se refere às mulheres. A seguinte passagem expõe bem o pensamento platônico acerca delas:

“– Tens razão - observou ele - ao afirmar que em tudo, por assim dizer, sexo masculino prevalece de longe sobre o outro sexo. No entanto, muitas mulheres são superiores a muitos homens em numerosos trabalhos. Mas, em geral, a coisa se apresenta como dizes [o homem sendo superior]. – Por consequência, meu amigo, não há emprego concernente à administração da cidade que pertença à mulher enquanto mulher, ou ao homem enquanto homem; ao contrário, as aptidões naturais se distribuem igualmente entre os dois sexos, e é conforme a natureza que a mulher, tanto quanta homem, participe de todos os empregos, ainda que seja, em todos, mais fraca do que homem”²⁴⁵.

Apesar de suas constantes críticas às mulheres, são elas cidadãs para PLATÃO, podendo participar inclusive da classe dos guerreiros. Não é correta a alegada misoginia platônica, mas, sem dúvida, sua teoria é androcêntrica. Não se observa, no plano filosófico, uma igualdade e universalidade plena em sua participação do conceito de justo, tal qual será desenvolvido posteriormente²⁴⁶.

²⁴³ PLATÃO, *A República, cit.*, V. I, p. 126-7 [371e].

²⁴⁴ PLATÃO, *A República, cit.*, V. II, p. [454b]. V. CALVERT, Brian. Slavery in Plato's Republic. In: *The Classical Quarterly, New Series*, V. 37, N. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 367-372.

²⁴⁵ PLATÃO, *A República, cit.*, V. II, p. 14 [455].

²⁴⁶ Evidentemente não se pretende, aqui, olhar anacronicamente à Grécia tendo em vista o grau de desenvolvimento alcançado pelo espírito na Modernidade. Quer-se comprar a

ARISTÓTELES, por outro lado, trata especificamente da escravidão. Para o filósofo, existem homens que se tornam escravos, em razão das normas – como é o caso do prisioneiro de guerra e daquele que não consegue pagar as suas dívidas – mas, também, há os que são escravos por sua própria essência, por natureza²⁴⁷. Essa distinção fundamental é vista como necessária pelo filósofo, para defender a sua posição de correntes que, àquela época, afirmavam a indiferenciação por natureza entre escravos e homens livres²⁴⁸.

Em sua linha de argumentação para justificar a existência de escravos por natureza²⁴⁹, destaca-se a distinção em relação à participação no λόγος, fundamento de universalidade que aqui nos interessa: animais não possuem λόγος, e apenas respondem às sensações; o homem livre possui o λόγος, de maneira completa e desenvolvida, ao contrário da criança, que o possui apenas em potência; a mulher, outra distinção fundamental – já que há mulheres livres e escravas – possuem o λόγος, mas o seu elemento deliberativo não possui autoridade; os escravos possuem apenas uma participação no λόγος, pois são

pretensão de universalidade do homem como essencialmente ser dotado de λόγος e os aspectos ainda não dialeticamente desdobrados dessa constatação.

²⁴⁷ ARISTOTE. *Politique*. Trad. Jean Aubonnet. Paris: Les Belles Lettres, 1960, 1254b; HÖFFE, Grundaussagen über den Menschen, cit., in: *op. cit.*, p. 231.

²⁴⁸ ARISTÓTELES, *Politique, cit.*, 1253b, 15-23. Sobre a inconsistência e contradições da teoria aristotélica da escravidão natural, v. MILLET, Paul. Aristotle and Slavery in Athens. In: *Greece & Rome: Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 54, n. 2, out. 2007, p. 188-93. V., ainda, sobre a escravidão na Grécia Clássica, CUFFEL, Victoria. The Classical Greek Concept of Slavery. In: *Journal of the History of Ideas*, v. 27, n. 3, Jul.-Set., 1966, p. 323-342; SCHLEIFER, Robert. Greek Theories of Slavery from Homer to Aristotle. In: *Harvard Studies in Classical Philology*, [s/l], Departamento of the Classics, v. 47, 1936, p. 165-204, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/310574>>, consultado em 15 de janeiro de 2013. ROSIVACH, Vincent, J. Enslaving "Barbaroi" and the Athenian Ideology of Slavery. In: *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, [s/l], Franz Steiner, bd. 48, h. 2, mai. – ago., pp. 129-157, 1999, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4436537>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.

²⁴⁹ ARISTÓTELES, *Politique, cit.*, 1254a-b.

capazes de compreendê-lo, passivamente, e, além disso, em sua *psique* inexistente o elemento deliberativo. Não possuem φρόνησις, e assim, só podem ter um mínimo de virtude, para que não se tornem indisciplinados²⁵⁰.

A universalidade ideal da proposta ciceroneana encontra seus limites no momento de recognoscibilidade da *lex naturalis*: apenas uma alta elite, os *sapientes*, sábios, estão em condição de utilizar de forma adequada o que todos os homens tem em comum, a *reta ratio*, e assim podem apreender a lei natural e conhecer os seus critérios²⁵¹.

A pretensão de universalidade da justiça, na Grécia, e do direito, em Roma, constatada sobretudo nos sistemas filosóficos que os dão suporte, é ainda uma universalidade, também no plano ideal, limitada. Apesar de se reconhecer o compartilhamento do λόγος pelo homem, convive a Grécia com a contradição da escravidão, do alheamento de estrangeiros e mulheres na participação da liberdade, como autonomia, e da justiça. Em Roma, a categorização universal de pessoa significará a supressão da autonomia do cidadão, como liberdade política, e a liberdade do indivíduo como sujeito de direitos. A mediação dialética da *personalidade jurídica*, por conseguinte, é particularizada no reconhecimento de diferentes graus de *capacidade jurídica*, permitindo ao gênio romano, através da Ciência Jurídica, atingir o patamar de organização teórica da liberdade humana, no Império, como cidadania universal – possibilitando, na Modernidade, o surgimento do conceito de indivíduo.

²⁵⁰ ARISTOTELES, *Politique, cit.*, 1254a-b, 1260a-34-7 e 1280a32-4. MILLET, Aristotle and Slavery in Athens, cit., in: *op. cit.*, p. 184-5.

²⁵¹ SPRUTE, Rechts-, und Staatsphilosophie bei Cicero, cit., *op. cit.*, p. 167. ASMIS, Elizabeth. Cicero on Natural Law and the Laws of the State. In: *Classical Antiquity*, [s/l], University of California Press, v. 27, n. 1, April, p. 9, 2008, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/10.1525/ca.2008.27.1.1>>, consultado em 15 de Janeiro de 2013.

2.3. Direito Natural e o Cristianismo

A cisão original entre direito natural e direito positivo se aprofundou e se desdobrou, com AGOSTINHO DE HIPONA, em três categorias distintas – nítida herança da tripartite concepção de lei no estoicismo, especialmente esposada na obra de CÍCERO²⁵² – e, em TOMÁS DE AQUINO, em quatro. Os estóicos já haviam propugnado uma concepção principiológica de Deus que se assemelha ao próprio *logos* e participa da constituição da coisa, sendo assim imanente ao *kosmos* e, em razão da relação todo-parte, consequentemente, a alma humana. Assim, como afirma SALGADO, dissolve-se a dualidade entre *nomos* e *physis*, ser e dever-ser²⁵³. Mas com a ascensão do cristianismo, a emersão de um Deus pessoal, cuja vontade criadora pôs no mundo o homem como sua *imago*, vale dizer, seres concebidos a sua imagem e semelhança, a idéia de direito natural será desenvolvida, subordinando-se ao direito divino e sendo, a partir daí, estabelecida uma nova relação entre as diversas ordens de direito, e entre estas e a justiça.

Certamente, a designação do homem como *Imago Dei* confere a todos os homens absoluta igualdade originária como filho do próprio Deus. O aspecto negativo do conceito aparece, porém, sobretudo na grande obra agostiniana, *A Cidade de Deus*²⁵⁴, influenciada diretamente pelas tensões de seu tempo – a saber, o desmonte do Império Romano, já constantemente assediado pelos bárbaros em suas fronteiras e cuja capital fora saqueada por Alarico, em 410, o que abalou ainda mais a crescente deterioração da vida cidadina, também consequência da erosão que sofreu o ideário ético e político Romano, calcado na idéia de virtude e

²⁵² SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 57.

²⁵³ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 53-4.

²⁵⁴ AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. V. I-III. Trad. Pereira, J. D. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

justiça – pois a não submissão do homem a Deus é a suma injúria e, no plano político, o Estado – a *Cidade dos Homens*, dos ímpios, organização política que é também maculada com o pecado original, a exemplo de Roma, que surge com o assassinato de Remo por Rômulo – que, na hipótese de não se submeter às leis divinas, não é mais que um bando de saqueadores, a exercer um poder tirânico e injustificado sobre os outros homens, radicando aí a diferenciação que o filósofo faz entre *Res Publicae* e *Regnum*²⁵⁵.

Inicia-se, também a partir desse momento, uma marcante alienação da consciência na fé²⁵⁶, que só será veementemente combatida com a Ilustração. O dar a cada um o que é seu, de ULPIANO, será apropriado e o *direito devido* se converterá, em verdade, à adoração à Deus, dando-lhe amor incondicionalmente, pois Deus nada deve ao homem – e, exatamente por essa razão, a justiça divina se baseará na *graça*, aquilo que Deus dá ao homem, e cuja compreensão está além do seu alcance. Uma vez que o homem deve tudo a Deus, sobretudo deve-lhe obediência, a justiça, por conseguinte, consistirá no caráter meritório, segundo a obediência, respectivamente, à lei divina, à natural e à humana, assumindo, segundo SALGADO, o “modo da justiça distributiva de Aristóteles”²⁵⁷.

A relação entre a lei eterna e a lei positiva espelhará a tensão que a cristandade passa, por simultaneamente buscar se unificar no plano doutrinário e espiritual, e buscar manter e expandir laços criados com o poder político-temporal, tornando-se ambas instâncias interdependentes²⁵⁸, assumida na doutrina

²⁵⁵ FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 53.

²⁵⁶ HEGEL, *Fenomenologia do Espírito*, cit., p. 364 et seq.

²⁵⁷ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 57.

²⁵⁸ Por fim, afirma Agostinho que a Cidade terrena deve compatibilizar as vontades humanas, estabelecendo a paz e a ordem em relação aos bens materiais, uma vez que os membros da Cidade de Deus, enquanto mortais, participam e beneficiam-se desses bens,

agostiniana através da dualidade acima referida, entre a *Cidade de Deus* e dos *Homens*, que só virá a se separar com o advento do juízo final²⁵⁹. Segundo FRIEDRICH,

“uma vez que a *civitas Dei* e, em especial, seu representante na terra (sic), a Igreja, está encarregada da realização dos valores superiores, resta apenas a ordenação e manutenção da paz, como propósito da comunidade política secular, da *civitas terrena* e suas subdivisões”²⁶⁰.

A universalidade do justo é a universalidade do cristianismo, e o que não é justo, vale dizer, o que está contra a lei divina, não é lei. A convicção religiosa e a fé convertem-se, na conturbada história de perseguição e liberalidade religiosa do Império Romano, no critério político por excelência. Há, visto por este ângulo, uma subordinação da lei positiva à lei divina, o direito positivo, dotado de coerção, é uma ordem secundária, restritiva, que se contenta com a prevenção do mal, mas incapaz de tornar os homens bondosos. A lei de Deus estabelece, portanto, um limite à lei positiva, mas este mesmo direito positivo, pobre e precário, permite muitas condutas vedadas por Deus, e é incapaz de enxergar, com veracidade, aquilo que há no coração dos homens, o móvel de seu agir. O parâmetro de correção e justificação da justiça, antes baseado na sapiência da intelectualidade romana, é substituído pela Igreja, agora *regula maxima* no mundo terreno, a qual “se assenta sôbre a revelação divina e que, portanto, em sua

não obstante esses não constituam o seu fim. Portanto, diante da constatação de que a Cidade terrena não se guia pela lei divina, assevera que ela deve ao menos garantir a ordem necessária aos seus “habitantes temporários” que se dirigem à Cidade de Deus”, RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do ocidente*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG [Dissertação de mestrado em Direito], 2007, p. 256.

²⁵⁹ CELORIO, Felipe Celorio. *Derecho natural y positivo: origen y evolución histórico-jurídica*. Ciudad del México: Porruá, 2005, p. 32-3.

²⁶⁰ FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito, cit.*, p. 54.

condição de comunidade superior, está apta a decidir se um determinado governante, ou um govêrno, atua justamente ou não”²⁶¹. Tal concepção metafísica dominará a Alta Idade Média, e, como salienta FASSÒ, a subordinação mundana à Cidade de Deus foi interpretada em sentido político, sendo frequentemente utilizada como fundamento para subordinar o Império à Igreja²⁶².

A escravidão, antítese da liberdade que não fora sumariamente condenada nos textos que inspiraram a Patrística, recebeu na doutrina cristã agostiniana, diante da citada tensão entre o divino e o humano, um tratamento compatibilizador²⁶³. Preleciona Agostinho que Deus criou a todos os homens iguais, à sua semelhança, assim, por natureza, nenhum ser-humano é naturalmente escravo.

A servidão aparece como uma pena à transgressão à lei natural e como consequência do pecado²⁶⁴. Os escravos não devem ser considerados meramente propriedades, tais quais objetos vulgares, mas possuem um valor ímpar pela dignidade que carregam, e Deus ama a todos, o livre e o acorrentado, de igual modo. O bom mestre, afirma AGOSTINHO, trata os seus escravos como filhos, e, em retribuição, o escravo deve a ele ser leal, e esperar com paciência pela libertação²⁶⁵ - e, seguindo a admoestação de PAULO²⁶⁶, devem servir ao mestre com boa

²⁶¹ FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, cit., p. 55-7.

²⁶² FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofia del Derecho*. 3. ed. V. 1. Madrid: Pirámide, 1966, p. 144.

²⁶³ MARY, Margaret. Slavery in the Writings of St. Augustine. In: *The Classical Journal*, [s/l]: The Classical Association of the Middle West and South, V. 49, n. 8, Maio, 1954, p. 363-4, disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3292914>>, consultado em 01 de maio de 2013.

²⁶⁴ AGOSTINHO. *The city of God*. Trad. John Healey. Edinburg: John Grant, 1909, p. 230-1 [19, 15].

²⁶⁵ AUGUSTINHO, *The city of God*, cit., p. 231 [19, 15].

²⁶⁶ V. Epístola de São Paulo aos Colossenses 3:22-5; I Epístola de São Paulo a Timóteo, 6:1; Epístola a Tito, 2:9-10.

vontade, pois assim, ainda que não sejam libertos, estarão sendo livres na escravidão²⁶⁷. Aliás, assevera que ser escravo é uma oportunidade para exercitar virtudes como a humildade, a obediência, o perdão e a modéstia.

A Igreja aceitava a conversão de escravos, e os tratava com igualdade. Desde CONSTANTINO facilitou-se a forma exigida para a libertação de um escravo, com a participação da Igreja, mas AGOSTINHO não advogava a abolição da escravidão, e, ainda, condenava a fuga e a revolta dos escravos, com base nas Sagradas Escrituras, e, de outro lado, defendia um *modus* ético de tratamento do escravo, lembrando que a instituição da escravidão fora criada para poupar a vida daquele que seria morto²⁶⁸.

Após o arco de aproximadamente mil anos de prevalência da filosofia e teologia agostiniana no ocidente, no qual não se verificaram contribuições filosóficas de semelhante pujança, a recepção da filosofia aristotélica por TOMÁS DE AQUINO, via AVERROIS, partindo das mesmas bases de AGOSTINHO, ou seja, o homem como a *Imago Dei*, foi finalmente capaz de permitir um novo avanço na concepção do direito e da justiça, fundando-o na universalidade da igualdade que representa a pessoa humana. Como afirma SALGADO:

“os tomistas puderam concluir que o fundamento imediato e absoluto do direito é a pessoa humana, seu fundamento relativo, a comunidade humana e o seu fundamento último, como autor da natureza humana e de toda ordem moral – portanto, também do direito – Deus”²⁶⁹.

Ao conciliar o estar do homem no mundo com a sua necessidade de submissão espiritual a Deus, apresenta TOMÁS DE AQUINO a conclusão de que é no mundo, através do trabalho das coisas que o criador nele colocou, bem como por

²⁶⁷ Trata-se de nítida influência da liberdade interior estoíca.

²⁶⁸ MARY, *Slavery in the Writings of St. Augustine, cit., in: op. cit.*, p. 367-8;

²⁶⁹ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 61.

meio do outro, da comunidade, que o homem pode realizar essa sua finalidade, que aparece, outrossim, também como *telos* do direito, desdobrando-se: “a) na perfeição da pessoa humana; b) no bem comum que a possibilita; c) na orientação última para Deus como fim transcendente e suma felicidade da pessoa”²⁷⁰.

A idéia de pessoa – vocábulo de origem antiga, mas cujo desenvolvimento expressivo se deu no cristianismo, especialmente nos primeiros séculos depois de cristo, quando se digladiavam inúmeras propostas de explicação da natureza divina e humana de Jesus, assim como as disputas acerca da Trindade – recebeu relevante contribuição de TOMÁS DE AQUINO. Como afirma STANCIOLI, “sua elaboração mais apurada [do conceito de pessoa] remonta ao pensamento greco-romano e cristão, em especial a partir dos séculos IV, V e VI”²⁷¹, e, nesse contexto, destaca-se a célebre definição de BOÉCIO: *pessoa* é “substância individual de natureza racional”²⁷². A nota característica de dignidade da pessoa humana será, então, afirmada por TOMÁS DE AQUINO, como o que há de mais perfeito em toda a natureza, designando “aqueles que estavam constituídos em dignidade”, e definindo *pessoa* como uma “hipóstase distinta por uma qualidade própria à dignidade”²⁷³.

A justiça para TOMÁS DE AQUINO é a virtude que permitirá a igualdade se realizar, e, como toda virtude tem um objeto, a da justiça é o direito. É somente com a justiça-virtude, através do direito, conseqüentemente, que o *debitum*, o

²⁷⁰ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 60-1.

²⁷¹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 28.

²⁷² BOÉCIO. *Escritos*. Trad. Juvenal Savian Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.

²⁷³ TOMAS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. Aldo Vannuchi et al. São Paulo: Loyola, 2001, [I, Q 29, a 3]. Ainda, sobre o desenvolvimento do conceito de pessoa, v. STANCIOLI, *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade...*, cit.; LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992.

devido, na medida em que passa pelo *ius* da outra parte, torna-se exigível, e assim, justiça e igualdade formam uma identidade²⁷⁴.

A famosa divisão operada na Lei, dividida em quatro classes distintas, a saber, a lei eterna, a divina, a natural e a humana, proporcionaria ao homem, pela simples qualidade de sê-lo, a possibilidade de conhecimento nos desígnios de Deus, através do reflexo ou da irradiação da lei eterna na lei natural²⁷⁵, passível de apreensão através da razão, tornando-o apto a distinguir o bem e o mal e alçando-se, assim, a parâmetro e medida das leis humanas, vale dizer, o direito positivo propriamente dito²⁷⁶. Esta possibilidade de agir segundo o conhecimento e a razão, a partir da compatibilização da teoria aristotélica com o cristianismo, será responsável por permitir novas possibilidades ao direito natural na Modernidade, substrato das declarações universais.

A alienação no transcendente permanece, e se conectará com o poder da Igreja na Baixa Idade Média, que, de acordo com a justificação de TOMÁS DE AQUINO, deve submeter o poder temporal, colocando os reis em posição subordinada aos sacerdotes:

“É tarefa da Igreja assegurar que os príncipes, como já se disse, atuem de acordo com os princípios cristãos e a ordem cristã da vida. Se não respeitarem as admoestações da Igreja, devem ser desobedecidos por seus súditos. Nesse caso, as suas ordens deixam de ser leis”²⁷⁷.

A universalidade da Lei, portanto, restringe-se à Lei do Deus *katolikós*, cuja representação legítima fica a cargo da Igreja:

²⁷⁴ TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, cit., [2-2 Q. 58 a 122]; SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 64.

²⁷⁵ FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 181-2.

²⁷⁶ CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, cit., p. 35.

²⁷⁷ FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, cit., p. 63-4.

“Portanto, da Razão divina deve derivar todo o direito e todas as leis, que, em virtude da falibilidade humana, não sendo suficientes para garantir o bem e afastar o mal, devem submeter-se, afinal, à palavra de Deus, manifestada através da lei divina. Desse modo, visto que essa lei está imersa em mistérios, guardados pela Igreja, todo preceito jurídico fundar-se-á, por via indireta, na sua autoridade. Ora, se o conteúdo da lei divina não é dado ao conhecimento de qualquer um, se a legitimidade da lei humana ampara-se, de todo modo, na Razão suprema e, ainda, se os súditos são instados a descumprir as ordens do governante apóstata, tem-se que a validade de toda lei funda-se sobre o poder da Igreja”²⁷⁸.

Outro ponto que demonstra a ainda inalcançada universalidade no plano filosófico é a defesa da escravidão, por THOMÁS DE AQUINO, ainda comum em sua época, o que lhe permite fazê-lo sem qualquer escrúpulo: “Cristãos podem ter escravos não cristãos (infieis), sejam eles judeus, pagãos ou sarracenos”²⁷⁹. É despidendo se alongar nos argumentos expostos, pois, em linhas gerais são recuperados de ARISTÓTELES²⁸⁰, já apresentados no último tópico, ainda o filósofo tenha tentado atenuá-los²⁸¹.

²⁷⁸ RAMOS, *Ética Grega e Cristianismo...*, cit., p. 267.

²⁷⁹ TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, cit., [II, II Q. 10].

²⁸⁰ V. FRIED, Johannes. Über den Universalismus der Freiheit im Mittelalter. In: *Historische Zeitschrift*, Bd. 240, H. 2, Apr., 1985, pp. 313-361, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27624491>>, consultado em 02 de Maio de 2013.

²⁸¹ “AQUINO na *Summa theologiae*, 2-2 q. 57 a 3, porém, procura atenuar a concepção aristotélica da escravidão como justo natural ou adequada a outro por natureza. Para isso, usa o conceito do direito natural de Gaio: o que se dá comumente entre os homens (*jus gentium*). Somente no sentido de ser útil aos homens, em todos os lugares, é que a servidão pode ser chamada natural. Natural, aí, corresponde a costumeiro. É evidente, pois, que houve uma acentuada evolução do pensamento de Santo Tomás com relação ao por ele exposto na *Summa contra gentes*, cap. 81. Demais, mesmo tendo citado a justificação aristotélica da escravidão (ARISTÓTELES, *Política*, 1554a) é de admitir que o contexto não comporta uma aceitação ao pé da letra do texto de Aristóteles, pois Santo Tomás, ao modo de Platão, quer que o governo e a ordem entre os homens obedeçam ao

Dentro ainda do contexto do Cristianismo, deve-se salientar a contribuição dos juristas espanhóis, na denominada contrarreforma, sobretudo ao se defrontarem com o problema dos indígenas, com a polêmica entre os que pretendiam defender as suas liberdades e aqueles que buscavam manter seus privilégios sobre eles. Principalmente através de BARTOLOMEU DE LAS CASAS – que junto com VASCO DE QUIROGA, ANTONIO DE MONTESINOS e outros influíram decisivamente nas Leis de Índias, que proibiu a escravidão indígena²⁸² – e, em seguida, de modo mais sistemático, por FRANCISCO DE VITÓRIA, alcançou-se novo patamar de reconhecimento de igualdade, a partir das características universais do homem, inclusive com e pela própria Igreja, a exemplo da bula do papa Paulo III, *Sublimis Deus*, em 1537²⁸³.

VITÓRIA, considerado um dos fundadores do Direito Internacional, é também louvado, no que tange à contribuição ao reconhecimento indígena, tal

critério da superioridade intelectual e não da superioridade da força física. De qualquer modo, ainda que lhe fosse exigível uma melhor posição [WELZEL, *Introduccion a la Filosofia Del Derecho...*, cit., p. 65], e ainda que se conceba a justificação da servidão como uma incongruência no pensamento de Santo Tomás, não se deve negar que esses deslizes ocorrem comumente com os grandes pensadores que se adiantam ao seu tempo, mas não resistem à tentativa de justificar a sociedade em que vivem, quanto a situações empíricas relevantes. Ocorreu com Aristóteles ao justificar a escravidão; com Ulpiano ao admitir a igualdade dos que nascem e, ao mesmo tempo, regulamentar a escravidão: a Kant, ao negar à mulher e a certas pessoas, segundo suas atividades, direitos políticos; e a Hegel ao justificar o Estado prussiano. Essa dificuldade de conciliação das suas vidas, enquanto produzidas numa determinada classe, não relevam diante da grandiosidade dos seus sistemas e do que nos legaram”, SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 70, nota 217. Concordamos com a posição defendida por SALGADO, pois se trata de pensadores de vanguarda, lidando com questões novas de seu tempo. Foram atualizados por seus sucessores, tendo em vista o critério da crescente universalização do pensar, e a atualização deste na efetividade.

²⁸² CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, cit., p. 45.

²⁸³ DELGADO, Bartolomé de Las Casas y las culturas amerindias, cit, in: *op. cit.*

qual BARTOLOMEU²⁸⁴, e propõe uma reformulação do conceito de *ius gentium* romano que caminha na direção de um *ius inter gentes*, ao substituir, na definição de *ius gentium* dada por GAIO – o direito que a razão natural estabeleceu entre todos os homens – a atribuição de um determinado direito a todos os povos²⁸⁵ e, ainda a todas as nações, ou seja, incluindo aí os pagãos, que compartilham essa mesma classe de direitos com as nações cristãs²⁸⁶, fundado nos *jus communicationis*, *jus commercii*, *jus peregrinationis*, e *jus hospitalitatis*²⁸⁷.

BARTOLOMEU DE LAS CASAS, sem dúvida o maior expoente na defesa dos povos autóctones, aceita as bulas papais de Alexandre VI, que concedem aos reis da Espanha o domínio das Índias Ocidentais. Mas esse direito converte-se em obrigação do poder temporal de se colocar a serviço da salvação de almas dos índios, sendo exigido o respeito aos seus direitos e possessões²⁸⁸ – e, apesar de

²⁸⁴ DUSSEL critica, entretanto, essa afirmação. Para o filósofo, Vitória apresentou uma justificação do novo sistema colonial, apontando direitos dos europeus que não seriam comungados com os “bárbaros”, a exemplo de que fala do direito de peregrinação, o direito de comércio – de modo desfavorável, entregando-lhes o que precisam e, em troca, levando ouro e prata, que lá abundavam – e direitos de cidadania, que evidentemente só se aplicavam ao espanhol, cf. DUSSEL, Enrique. Origen de la filosofía política moderna: Las Casas, Vitoria y Suárez (1514-1617). In: *Caribbean Studies*, Porto Rico: Institute of Caribbean Studies – UPR, v. 33, n. 2, Jul. - Dec., 2005, p. 50 *et seq.*

²⁸⁵ BARBIER, Maurice. La Notion de Jus Gentium Chez Vitoria. In: *Bibliothèque d’Humanisme et Renaissance*, Genève: Droz, t. 69, n. 1, 2007, p. 14, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20681066>>, consultado em 02 de maio de 2013.

²⁸⁶ CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, cit., p. 48.

²⁸⁷ DE LOS RIOS, Fernando. Francisco de Vitoria and the International Community. In: *Social Research*, New York: New School, v. 14, n. 4, December, 1947, p. 499, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40982185>>, consultado em 03 de maio de 2013.

²⁸⁸ „Toda esa labor que realizo en la defensa de los derechos de los indios y de los españoles en el momento de la conquista, era en realidad una labor dedicada a la teorización y defensa practica de los derechos humanos. Del lado de los indios, defiende su racionalidad, su libertad, su derecho a gobernarse por si mismos, su derecho a no aceptar la religión cristiana; en ello defendía derechos humanos muy importantes. Lo mismo hacía cuando, del lado de los españoles, defendía el derecho a establecerse en otras tierras, a comunicar a los indios la cultura europea y señaladamente a predicarles el

inicialmente não se colocar contrário à escravidão negra, arrepende-se desta posição e defende a universalidade do gênero humano, tanto do índio quanto do negro²⁸⁹. A fundamentação da igualdade entre índios e europeus, segundo DELGADO, parte das

“constantes antropológicas de valor universal: del deseo natural hacia el verdadero de Dios y de la naturaleza política del hombre. Basándose en estos presupuestos, Las Casas interpreta toda clase de "religiosidad" (incluyendo la idolatría y los sacrificios humanos) en clave positiva como expresión de dicho deseo natural hacia el verdadero Dios y no en clave "bíblica" como un fenómeno satánico inexcusable; y detrás de cada cultura amerindia intuye Las Casas un comportamiento racional, lo mismo que estructuras sociales de una auténtica polis, es decir una forma de civilización, aunque a primera vista las culturas amerindias nos parezcan "bárbaras"²⁹⁰.

A partir do século XVI o modelo escolástico entrará em declínio, cedendo espaço para outra espécie de racionalidade, capaz de alicerçar a fundamentação de legitimidade das novas formas políticas que emergem – o Estado – e que se desvinculam lentamente do Império. Tal contexto implicará uma nova forma universalidade, que deverá dar conta da afirmação da particularidade que se instaura nos Estados, sem perder de vista a imprescindível convivência e busca da paz entre os povos, tão almejada pelos homens.

evangelio. Como ponía la condición de que no se lesionaran los derechos de los indios ni el bien común de esas tierras, y como esos derechos y ese bien común fueron ultrajados, veía en ello residir la injusticia de la colonización”, BEUCHOT, Mauricio. El fundamento de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga: Revista Brasileira de Filosofia, t. 52, Fasc. 1/4, Jan. - Dec., 1996, p. 90, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40419409>>, consultado em 02 de maio de 2013.

²⁸⁹ ZAVALA, Silvio. Las Casas en el mundo actual. *Cahiers du monde hispanique et lusobrasílien*, Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, n. 45, 1985, p. 7, 15-6, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40852831>>, consultado em 02 de maio de 2013.

²⁹⁰ DELGADO, Bartolomé de Las Casas y las culturas amerindias, cit, *op. cit.*, p. 95

2.4. As bases do Jusnaturalismo Moderno

Os próximos sistemas jusfilosóficos que dominaram o cenário europeu continental são agrupados sob a designação de *Escola Jusnaturalista Clássica*, ou *Escola Racional do Direito Natural* – ou, ainda, *jusnaturalista transcendente*, como prefere denominá-la GARCÍA MÁYNEZ, para que não haja confusão com todo o jusnaturalismo pretérito²⁹¹ – principalmente pelo gradativo deslocamento da centralidade de Deus no processo de justificação do direito, herança do Renascimento, substituído pela crescente “pureza racional”, de onde e por meio da qual o justo é deduzido²⁹². Destaca-se como inaugurador dessa Escola HUGO GROTIUS, seguido de nomes como WOLFF, PUFENDORF, LEIBNIZ, THOMASIIUS, SPINOZA e outros. Também em linha semelhante está a filosofia dos ingleses HOBBS e LOCKE. Não sem razão, porém, esse desenvolvimento se deu especialmente na Alemanha, *locus* no qual a influência do pensamento agostiniano-tomista foi reduzida²⁹³.

Decerto tais filosofias não apartaram a metafísica teológica de suas bases, mas o homem, afirmado como universal, será examinado com o foco em suas características intrínsecas, antropológicas, e não teológicas, que serviram de fundação ontológica à sua igualdade universal, preservando-se a abertura para o divino, e até mesmo seu lugar como razão última do *dasein* e do direito. Destaca-se, a título de exemplo dos elementos antropológicos universalizantes do homem, a natureza humana como *appetitus societatis*, em GROTIUS; a natural e, portanto, legítima busca da autopreservação (a vida), num cenário de guerra de todos contra

²⁹¹ CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, cit., p. 51.

²⁹² FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, cit., p. 128.

²⁹³ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 70.

todos e fulgurante insegurança, em HOBBS²⁹⁴; a vida e a propriedade, como pedra angular do direito natural, aparecendo a igualdade como sua condição, em LOCKE²⁹⁵; a incapacidade original (*imbecillitas*), como tentativa de síntese entre os dois extremos, de GROTIUS e de HOBBS, em PUFENDORF²⁹⁶. Como salienta RECASENS SICHES, se referindo a GROTIUS, PUFENDORF e THOMASIIUS – e, acrescentamos também HOBBS – trata-se de um fato psicológico de um fenómeno real, que é absolutizado até ao ponto de convertê-lo em base de um sistema normativo, estabelecendo desta maneira um paradoxo, pois representando uma máxima intenção de racionalismo fundam o direito natural numa base empírica, com a negação da utilidade dos fatos históricos: absolutiza-se construções racionais do seu próprio tempo, como se atemporais fossem²⁹⁷.

WOLFF – a cujo sistema KANT dirige severas críticas, por não se indagar sobre as condições de possibilidade do conhecer – por não estar de acordo com o princípio de sociabilidade, propalado desde ARISTÓTELES, assumido por GROTIUS, PUFENDORF e THOMASIIUS, retorna ao fundamento metafísico da lei eterna, e a igualdade, a liberdade e a seguridade são o seu corolário²⁹⁸. Como salienta FRIEDRICH, WOLFF explica o direito natural pelo dever, e a igualdade de todos os seres humanos pelos deveres e direitos comuns a todos os homens²⁹⁹:

“Não existe lei sem uma obrigação moral que a preceda na qual está radicada e da qual flui. Existem direitos humanos inatos porque existem deveres humanos inatos; são os

²⁹⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 77.

²⁹⁵ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 75-6.

²⁹⁶ CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, *cit.*, p. 56.

²⁹⁷ RECASENS SICHES, Luis. *Filosofia del Derecho, apud CELORIO, Derecho natural y positivo...*, *cit.*, p. 56.

²⁹⁸ CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, *cit.*, p. 59-60.

²⁹⁹ FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito, cit.*, p. 137.

mesmos para todos os homens, porque são uma consequência da natureza humana”³⁰⁰.

É a continuação da doutrina do *perfeccionismo ético*, que já encontrara em LEIBNIZ as suas bases, e que passa então à forma sistemática. A moral obriga o aperfeiçoamento do homem, que, sozinho, não consegue promovê-la de modo adequado, surgindo então a missão do Estado e do direito: colocar à sua disposição os bens necessários (*sufficientia vitae*), afastar o medo da injustiça (*tranquillitate civitates*) e protegê-lo de poderes externos (*securitate*)³⁰¹.

O desprezo ao histórico é forte marca dessa corrente, vislumbrando-se nas constantes modificações que o direito positivo sofre apenas o reflexo da impotência humana, seja por sua incapacidade de raciocinar corretamente, derivando de modo adequado o direito positivo do verdadeiro direito, o direito natural – que passará, nesse contexto, a ganhar forte pretensão à imutabilidade, regido por normas invariáveis tais quais as que presidem os fenômenos da natureza – seja pelos desvios de sua retidão moral, com a finalidade de obter benefícios escusos³⁰². Apesar da influência da religião católica na formação de seus baluartes, todos escolásticos, o próprio GROTIUS afirmava que o direito natural, por ser racional, deveria ser fundado *etiamsi daremos non esse Deum*, ou seja, como se Deus não existisse, extraíndo-se de alguns poucos axiomas, toda a dedução necessária para justificar as regras jurídicas³⁰³.

³⁰⁰ WOLFF, Jus naturae methodo scientifico pertractum (9 vols., 1748-49), Livro I, cap. I, §§ 81 et seq, apud FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, cit., p. 137.

³⁰¹ KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad . Marcos Keel e Manuel Seca de Olivera. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 91.

³⁰² CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, cit., p. 54.

³⁰³ KAUFMANN; HASSEMER; *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, cit., p. 93.

O contrato social³⁰⁴ será o artifício teórico utilizado por filósofos de diferentes tradições, como HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU e KANT, para justificar racionalmente a existência do Estado e o exercício legítimo do poder. Opera-se a separação entre o Estado e a Igreja, em HOBBS, imprescindível passo para libertar a sociedade de dogmas religiosos, verdades indiscutíveis, que geram crescentes fricções com o universalismo ocidental, especialmente com a eclosão da Reforma Protestante e das guerras religiosas que a seguiram. Com o liberalismo, a exigência de um Estado de Direito – o *Rule of Law* – e os projetos republicanos, inicia-se a tentativa de concretização do ideal universal no plano político, através do Iluminismo³⁰⁵, destacando-se, na tradição inglesa, a Revolução Gloriosa, no cenário colonial, a independência Americana, e em solo continental a Revolução Francesa.

Deve-se salientar que, neste período, inicia-se já uma oposição ao Direito Natural³⁰⁶ e, igualmente, ao seu universalismo, representado, em solo

³⁰⁴ “Podemos explicar o contratualismo a partir de três elementos: o estado de natureza, o contrato social e o estado civil. O estado de natureza é o ponto de partida do pensamento contratualista; trata-se ora de uma vida idílica, ora de uma vida aterrorizante; alguma razão, no entanto, fez com que os homens tomassem a decisão racional de abandonar tal estágio natural, onde já possuíam direitos (naturais), e ingressar em um estado civil. É preciso então verificar as condições de tal contrato social, identificando os valores centrais que se pretendia preservar, e os bens dos quais o homem teria de abrir mão: Há um custo para se viver em sociedade. Em relação à idealização do estado de natureza e à compreensão do contrato social é que divergem os autores, daí decorrendo diferentes concepções do Estado produto. (Evidentemente, como se verá, cada autor atinge um modelo de sociedade ideal, claramente decorrente das suas próprias nuances ideológicas)”, HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito: uma investigação tridimensional do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático, na perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: UFMG, 2002 (Tese de Doutorado em Direito), p. 43.

³⁰⁵ V. HORTA, *Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito...*, cit., p. 43 et seq.

³⁰⁶ Vale lembrar da advertência de WELZEL: “La historia de la teoría del Derecho natural es, menos que ninguna otra, una sucesión discontinua de teorías contradictorias, sino que progresa en el encadenamiento de nuevos problemas sucesivos”, WELZEL, *Introducción a la Filosofía Del Derecho...*, cit., p. 112.

inglês, principalmente pela corrente utilitarista de BENTHAM³⁰⁷, mas também por MILL³⁰⁸, e na Alemanha, pela *Escola História*, através, principalmente, dos escritos de SAVIGNY³⁰⁹.

A expressão mais acabada da racionalidade humana como fundamento universal do direito e do justo durante a Ilustração aparecerá em KANT, quem, em seu sistema, não deixará de lado a igualdade entre os homens pensada por estes autores. A universalidade da razão permitirá não apenas o conhecimento teórico seguro e universal, através dos juízos sintéticos *a priori*, formulados pela síntese operada pelas categorias do entendimento e da sensibilidade – justificando-se filosoficamente a possibilidade segura do conhecimento científico universal, na *Crítica da Razão Pura* – como também exigirá a universalidade da lei moral para a construção do sistema ético, representado pela fórmula do imperativo categórico e da máxima universalizável como critério de sua validade. A última, como salienta SALGADO, é válida não só para quem a elaborou, mas para todo e qualquer ser racional³¹⁰.

É, portanto, a igualdade entre todos os seres humanos, a partir de sua racionalidade, que permitirá a validade universal da norma moral, do imperativo categórico, e também do direito, pois que todos os seus destinatários são seres dotados de razão. Racional e capaz de se autodeterminar, isto é, de ser livre, eis o fundamento da igualdade. Trata-se de um pressuposto e de uma condição de

³⁰⁷ WALLAS, Graham. Jeremy Bentham. In: *Political Science Quarterly*, v.. 38, n. 1, Mar., 1923, p. 50-1, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2142538>>, consultado em 22 de março de 2013.

³⁰⁸ CLARK, Barry S.; ELLIOT, John E. John Stuart Mill's Theory Of Justice. In: *Review of Social Economy*, v. 59, n. 4, Dec. 2001, pp. 467-90, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/29770132>>, consultado em 22 de março de 2013.

³⁰⁹ BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 45-53.

³¹⁰ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 219.

possibilidade do sistema moral, pois provar “que o ser que comigo dialoga é racional é matéria que foge totalmente ao âmbito da razão prática pura”³¹¹. É, outrossim, condição de possibilidade da justiça, eticamente pensada:

“a passagem ou a remessa a[o] outro só é possível pelo pressuposto da igualdade dos seres racionais, desde que existam, pressuposto de importância fundamental porque torna possível a saída para o outro, realizada pela mediação da idéia de justiça: o bem para o outro”³¹².

Os conceitos racionalidade, liberdade e universalidade estão intimamente ligados: o homem é racional, e, por ser racional, é livre, e, porque pode agir racionalmente, isto é, determinando o seu agir por uma lei racional, pode se dar um sistema moral universal, válido a todos os homens. Nada obstante, a liberdade não pode ser provada, mas como postulado, é pressuposta: KANT afirmará, na introdução de sua *Metafísica dos Costumes*, que o conceito de liberdade é um conceito puro da razão, e, assim, não permite que um exemplo adequado no âmbito da experiência seja dado, e tampouco que a liberdade seja objeto de uma teoria do conhecimento. Ela vale apenas como um puro princípio negativo e regulativo da razão especulativa³¹³. Como afirma em sua *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*, a “liberdade deve ser pressuposta como propriedade da vontade de todos os seres racionais”³¹⁴.

Esse universal kantiano, abstrato, não encontrará plena atualização no indivíduo, e será remetido ao transcendente, como postulado da razão, pois o indivíduo, ser racional, mas igualmente submetido às afecções da sensibilidade,

³¹¹ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 223.

³¹² *Loc. cit.*

³¹³ KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2011, p. 55 [220-1].

³¹⁴ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2011, p. 91 [448-9].

não possui uma vontade pura, capaz de erigir uma lei universal absolutamente livre:

“é assim que o ideal do bem supremo, visto na perspectiva do indivíduo, nada mais é do que a tentativa de pensar o universal no indivíduo, mas que, para Kant, se tornou quase impossível, pela dificuldade de realizar-se nele plenamente a lei moral. Por isso foi necessário recorrer a algo que nele não se encontrava, ao postulado da existência de Deus para realizar o universal, o bem supremo. No indivíduo concreto deste mundo, o universal da lei moral realizar-se apenas em parte”.³¹⁵

O homem, segundo KANT, é portador de um único direito inato, a liberdade: “justo é, em primeiro lugar, o que reconhece o único direito natural (inato), a liberdade, como igual para todos os seres racionais (o homem na humanidade)”³¹⁶.

O direito aparece como o sistema de normas heterônomas que tem por fim compatibilizar as liberdades externas, tendo em comum com a moral a mesma raiz, mas como legislação universal, que limita os arbítrios individuais, tendo, igualmente, seu momento de autonomia, pois esta aparece como a possibilidade de obedecer apenas àquelas normas que tenha se dado aprovação³¹⁷. Estabelecida a sociedade civil, surge o direito universal de possibilidade de participação na legislação jurídica, expressão da vontade geral republicana³¹⁸.

A Revolução Francesa foi um evento marcante na época em que KANT viveu, e o filósofo foi um entusiasta de suas conquistas, como um exemplo de instauração de uma República, um exemplo histórico do triunfo do progresso.

³¹⁵ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 220.

³¹⁶ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 327.

³¹⁷ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 260; CELORIO, *Derecho natural y positivo...*, *cit.*, p. 71.

³¹⁸ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 328.

Evidentemente, a violência e o terror são condenados pelo filósofo, que acredita na possibilidade de alcançar tal patamar de racionalidade política através do esclarecimento do povo e dos governantes, através de reformas e não da negação da liberdade, tese sustentada principalmente em seu texto *Was ist Aufklärung*:

“Nenhuma dificuldade teórica insuperável ocorreria para uma justificação da Revolução no sistema kantiano, já que Kant reconhece nela a finalidade ética, pois objetivou realizar a liberdade, critério supremo e fundamento da ordem jurídica e política”³¹⁹.

O ideal kantiano de dignidade do homem, enunciado no imperativo categórico que toma em consideração a humanidade – “age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio”³²⁰ – é espelhado no plano da política pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O efeito simbólico da declaração, que, no bojo da revolução de um Estado particular, declara direitos universais, de todos os homens, pela sua humanidade, certamente representou um estímulo a KANT, no sentido de vislumbrar um progresso moral na humanidade³²¹.

Como SALGADO afirma, o projeto kantiano, apesar de não apostar na realização do universal no indivíduo – e, assim, será postulada a imortalidade da alma, como condição de realização do bem supremo³²² – buscará erigí-la na espécie humana, através da elaboração de um projeto de Paz Perpétua, que, por meio das nações e da idéia de justiça, seria capaz de assegurar a liberdade de todos, seguindo a linha de raciocínio que “a idéia de liberdade é o fundamento da idéia

³¹⁹ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 305.

³²⁰ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten...*, cit., p. 65 [429]

³²¹ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant*, cit., p. 301-2

³²² KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 2010, p.178-80 [218-23].

de justiça; a idéia de justiça, fundamento do direito; o direito, por sua vez, razão de ser da existência do Estado que, finalmente, como um Estado de Direito, garante a paz perpétua”³²³.

Fiat iustitia, pereat mundus, afirma KANT em seu *Escrito para uma Paz Perpétua*³²⁴. A frase, que o próprio autor afirma demonstrar não a permissão para se utilizar do direito com extremo rigor – pois CÍCERO já asseverara, *summum ius, summa iniuria* – mas para admoestar àquele no poder para que não limite ou estenda o direito dos demais a seu bel-prazer³²⁵, é, apesar disso, sintomática do nível de abstração alcançado pela universalidade *a priori* postulada pelo filósofo: ainda que nunca se alcance tal propósito, é pelo que devemos aspirar e lutar, aproximando-se dele continuamente³²⁶.

KANT legou-nos o valor da igualdade e da liberdade, que, nas palavras de REALE, tornam-se constantes axiológicas da cultura ocidental, ou seja, enraizaram-se e constituíram-se como parte indescutível de nosso *ethos*; podem e são reformuladas, para atender novas exigências, mas não há qualquer perspectiva de que sejam olvidadas³²⁷, ou, ainda, nas palavras de SALGADO, o mérito do filósofo de Königsberg “foi ter introduzido, do ponto de vista da fundamentação teórica, em definitivo, a idéia de liberdade no conceito de justiça, que nunca mais poderá ser dela separada, por já constituir um valor da nossa cultura”³²⁸.

2.5. Significado das Modernas Declarações

³²³ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 225.

³²⁴ KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*. Stuttgart: Reclam, 2010, p. 46.

³²⁵ KANT, *Zum ewigen Frieden...*, *cit.*, p. 46-7.

³²⁶ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 324.

³²⁷ REALE, *Filosofia do Direito, cit.*, p. 214.

³²⁸ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant, cit.*, p. 334.

A célebre polêmica entre JELLINEK e BOUTMY sobre a Revolução Francesa e Americana marcou, definitivamente, no que concerne ao entendimento sobre os direitos humanos e fundamentais, o começo do século XX e a história do constitucionalismo. A tese de JELLINEK que causou maior repercussão – e até mesmo ressentimentos do lado francês – foi a originalidade da declaração americana, e não da francesa: os direitos fundamentais haveriam nascido nos Estados Unidos, e não na França, tributários da liberdade religiosa presente no novo continente, e, dessarte, a versão francesa seria muito mais tributária das declarações anteriores que do pensamento de ROUSSEAU³²⁹.

A defesa de BOUTMY, entretanto, deixou claro que, além do *Bill of Rights* inglês se dirigir muito mais às pretensões de uma classe privilegiada, a declaração americana era resultado de um processo através do qual um povo se libertava politicamente do colonizador. A declaração francesa, por sua vez, dirigiu-se a todos os homens, independentemente da nacionalidade, credo, cor ou posição social. Foi o ideal iluminista dos direitos naturais transcritos numa declaração política, considerados inalienáveis e sagrados, dando à Revolução o maior grau possível de abstração³³⁰: “Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações”³³¹, afirmou BOUTMY.

A Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, redigida em francês e formulada em termos abstratos – diferentemente, portanto, da declaração americana – ganhou o mundo, pois seu conteúdo passou a significar a

³²⁹ V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

³³⁰ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 562.

³³¹ BOUTMY, Émile, “La Déclaration des Droits de l’Homme et M. Jellinek ». In : *Études Politiques*, pp. 139-40, *apud loc. cit.*

legitimidade do Estado, tendo efeitos notáveis na América Central e do Sul na sua luta de independência contra a Espanha. Tornou-se mundialmente um texto clássico e foi adotado, imitado e seguido³³².

No momento imediatamente após a Revolução, entretanto, coube a HEGEL a tarefa de reconciliar a autocompreensão do espírito com e na sua história, e oferecer uma resposta à indagação de como a racionalidade iluminista, tão pura e progressista, poderia levar às atrocidades do Terror, e, diante dele, ver-se na iminência de se precipitar num abismo em que reina o sentimental, o irracionalismo, o aprisionamento do homem pelo seu tenebroso destino³³³.

O que a consciência na Revolução Francesa exige é o seu reconhecimento como universal – trata-se, portanto, de uma perspectiva diferente da luta de vida e morte das consciências de si, na dialética do Senhor e do Escravo descrita inicialmente na *Fenomenologia do Espírito* – pois já passou pelo momento da razão, e sabe que é um eu que é um nós³³⁴, e não abdica de atualizar esse universal abstrato no reconhecimento concreto, que desemboca no Estado de Direito.

³³² MIRKINE GUETZÉVITCH, Boris. Quelques Remarques sur les Déclarations des Droits Américaines et Françaises. In : *Nouvelle Série*, Paris, Presses universitaires de France, n. 1/2, ano 7, Jan-Jun., 1952, p. 103, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/20841447.pdf>>, consultado em 07 de março de 2013.

³³³ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 292; a filosofia hegeliana buscará exatamente conciliar essas duas correntes, que, no caso do Estado, será a relação dialética entre o todo (Estado) e o indivíduo, sem que qualquer uma das partes reduza a outra: “diversamente do resultado do romantismo, em que o Estado aparece como unidade orgânica, na qual o indivíduo se consome, como no nirvana, o Estado, como vertente natural do classicismo e da Ilustração, é o elemento de vida autônoma do indivíduo na medida em que esse indivíduo atua como cidadão”, SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 294.

³³⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 315-6.

A herança da Revolução, por meio da organização racional da vida através do direito racional, permite a realização da liberdade:

“Na verdade, a partir da Revolução Francesa, a liberdade numa sociedade política tem uma forma de organização que lhe é própria: a ordem jurídica constitucional, pela qual as leis organizam a liberdade do povo. Esse duplo sentido da liberdade, o direito subjetivo (liberdade do sujeito) e a lei, é reconhecido por Hegel como conquista da Revolução”³³⁵.

Com o estabelecimento do Estado de Direito, seja na forma do *Rule of Law*, do *Rechtsstaat*, ou do *État de Droit*, opera-se, segundo ZOLO, um princípio de difusão do poder que atribui aos indivíduos faculdades e poderes juridicamente reconhecidos, tornando-se titulares de uma ampla gama de pretensões legítimas, podendo ser exercido inclusive contra o governo, que tem sua possibilidade de ação limitada, e pode ser sintetizado por quatro institutos normativos: a *unicidade e individualidade do sujeito jurídico*; a *igualdade jurídica dos sujeitos individuais*; a *certeza do direito*; e o *reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos* ³³⁶.

Com o auxílio dos pontos citados por ZOLO pode-se perceber tanto a riqueza – que, no brado *liberté, égalité, fraternité*, profetizou a emergência e institucionalização sequencial na história não apenas do Estado Liberal, mas também do Social e do Estado Democrático de Direito, como bem notou BONAVIDES³³⁷ – quanto o teor abstrato, programático, das declarações de direito que irrompem no limiar do séc. XIX.

A *unicidade e individualidade do sujeito jurídico*, a postular todos os indivíduos como sujeitos do próprio ordenamento jurídico, com igual capacidade

³³⁵ SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel, cit.*, p. 311.

³³⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36-43.

³³⁷ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 562.

de colocarem-se como titulares dos direitos produzidos e, com os seu comportamento, criar consequências jurídicas na condição de titular de direitos, criou condições para que fosse eliminada, na Europa, a tradicional diferença entre livre, libertos, servos e escravos.

Evidentemente, mesmo após as declarações, americanas e francesa, persistiu aberta a chaga da escravidão em território colonial francês – e o caso mais drástico foi o Haiti³³⁸ – e no próprio solo americano, só abolida com a Guerra de Secessão, na segunda metade do século XIX³³⁹. Persistiu, ainda, por longa data, o voto censitário, a exclusão da vida política às mulheres e, em geral, um etnocentrismo, quando não explícito, latente, a subjugar o diferente, postulando como parâmetro legítimo de comparação, sobretudo, as conquistas materiais europeias, a legitimar também a sua constelação axiológica, como se o outro fosse, decididamente, inferior. Isso, antes de nublar os episódios históricos citados, ao contrário, confere respaldo ao valor e à importância que tal transmutação do ideal filosófico oitocentista em documento político-jurídico representou em termos de efetividade, alçados em *topos* argumentativos, quando, em olhar retrospectivo a examinar a história, a partir do século XIX, que parcela substancial das mudanças filosóficas e sociais se alicerçaram e continuam a se alicerçar³⁴⁰ – principalmente

³³⁸ TROUILLOT, Michael-Rolph. Undenkbare Geschichte: Zur Bagatellisierung der haitischen Revolution. In: CONRAD, Sebastian; RANDERIA, Shalini. *Jenseits des Eurozentrismus: Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Frankfurt: Campus Verlag, 2002, p. 84 *et seq.*

³³⁹ ZOLO, Teoria e crítica do Estado de Direito, in: COSTA; ZOLO; *op. cit.*, p. 38-9.

³⁴⁰ Cabe aqui consignar a crítica que KANT faz às conquistas europeias, em sua *Paz Perpétua*: “O pior de tudo isto (ou, do ponto de vista de um juiz moral, o melhor) é que jamais estão contentes com esta violenta, que todas estas sociedades mercantis se encontram próximo de se arruïnarem, que as ilhas do açúcar, sede da escravidão mais brutal e bem arquitetada, não oferecem qualquer verdadeiro benefício, mas somente mediatamente, e ainda com um propósito não muito louvável, qual seja, a formação dos marinheiros para as frotas de guerra, que servem também às guerras na Europa; e tudo

com a força crescente do constitucionalismo³⁴¹. Nesse sentido, destaca ZOLO a *igualdade jurídica dos sujeitos individuais*, ressaltando, porém, que por igualdade jurídica não pode ser compreendida a igualdade substancial³⁴².

Em seguida à Revolução, e até mesmo como sua consequência jurídica, assistiu-se ao movimento de codificação, cuja grande expressão fora o *Code Napoleon*, exemplo que espelha a forma de expressão da racionalidade iluminista, desejosa de tornar o direito ao mesmo tempo público e seguro, limitando as arbitrariedades e garantindo as conquistas revolucionárias, pela limitação ao parlamento – formado pelos representantes do povo eleitos de modo universal – da competência de modificação das leis.

É a *certeza do direito* (ou, melhor, *previsibilidade do direito*) e o *reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos*, que ZOLO aludiu – e que TÉRCIO

isto para potências que querem fazer muitas coisas por piedade e, bebendo a injustiça como água, [ainda] pretendem considerar-se como eleitas dentro da ortodoxia ” (tradução livre), no original: “Das Ärgste hiebei (oder, aus dem Standpunkte eines moralischen Richters betrachtet, das Beste) ist, daß sie dieser Gewalttätigkeit nicht einmal froh werden, daß alle diese Handlungsgesellschaften auf dem Punkte des nahen Umsturzes stehen, daß die Zuckerinseln, dieser Sitz der allergrausamsten und ausgedachtsten Sklaverei, keinen wahren Ertrag abwerfen, sondern nur mittelbar, und zwar zu einer nicht sehr löblichen Absicht, nämlich zu Bildung der Matrosen für Kriegsflotten, und also wieder zu Führung der Kriege in Europa dienen, und dieses möchten, die von der Frömmigkeit viel Werks machen, und, indem sie Unrecht wie Wasser trinken, sich in der Rechtgläubigkeit für Auserwählte gehalten wissen wollen”, KANT, *Zum ewigen Frieden...*, *cit.*, p. 23-4.

³⁴¹ “A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados”, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45

³⁴² “Graças ao caráter geral do instrumento legislativo, as situações subjetivas que estão compreendidas em determinado fato abstrato são tratadas de modo igual, ou seja, à luz dos mesmos princípios normativos e segundo as mesmas regras. Iguais, portanto, são todas as consequências jurídicas de comportamentos jurídicos equivalentes”, ZOLO, Teoria e crítica do Estado de Direito, *in*: COSTA; ZOLO; *op. cit.*, p. 38.

SAMPAIO FERRAZ JR. aponta como base para um modelo da Ciência do Direito como teoria da decisão³⁴³. Pretende-se proporcionar ao cidadão condições de possibilidade de previsão das consequências jurídicas de seu comportamento e de terceiros, tanto em relação aos particulares como, no caso do Estado de Direito, em relação aos poderes constituídos do Estado, destacadamente o Executivo e Judiciário: “entendida nesse sentido, a ‘certeza do direito’ é um bem social difuso que contribui para o fortalecimento das expectativas individuais e para a redução da incerteza”³⁴⁴. Aliado à *previsibilidade do direito*, as declarações modernas reconhecem no âmbito público garantias constitucionais de direitos subjetivos exercitáveis, a princípio, contra o Estado – e, por isso, chamados, na doutrina alemã de *Abwehrrechte*³⁴⁵, ou seja, direitos de defesa – chamados também de direitos de liberdade, como o direito à vida, à liberdade processual, ao devido processo legal, ao *habeas corpus*, ao livre exercício de pensamento, expressão e religião, à inviolabilidade do domicílio, à livre iniciativa dentre outros, além de garantir o exercício dos direitos políticos como expressão da cidadania: em suma, votar e ser votado.

³⁴³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. Sao Paulo: Atlas, 2006, p. 101-3. Evidentemente não se trata de ter “certeza” do direito, pretensão a muito afastada da Ciência do Direito, mas, sim, de reconhecer os mecanismos que possibilitem a previsibilidade do sistema jurídico, ainda que, em última análise, este dependa, em regra, de uma decisão – humana, e que assim leva consigo elementos subjetivos. Nesse sentido, é elucidativa a teoria kelseniana acerca da interpretação do direito, desenvolvida no capítulo 8º de sua *Teoria Pura do Direito*.

³⁴⁴ ZOLO, Teoria e crítica do Estado de Direito, *in*: COSTA; ZOLO; *op. cit.*, p. 39-40. Acrescenta ZOLO que, “adotando a terminologia sistêmica proposta por Niklas Luhmann, pode-se dizer que, garantindo a ‘certeza do direito’, o Estado opera uma ‘redução da complexidade’ que contribui para atenuar, nos cidadãos, o sentimento de insegurança diante dos riscos do ambiente social e permite, portanto, uma interação social mais estável, ordenada e funcionamente econômica”, *loc. cit.*

³⁴⁵ IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II: Grundrechte*. 13 ed. München: Franz Vahlen, 2010, p. 30; MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012, p. 41.

Com a codificação do direito privado e do direito público – através das constituições, que agora iniciam o seu processo de ganho de força normativa, e, gradualmente, não mais são vistas como meras proclamações de ideais políticos e filosóficos – e sua constante possibilidade de mutação através do parlamento, entra em cena o positivismo jurídico, corrente que passa a rivalizar com o jusnaturalismo moderno.

2.6. O positivismo jurídico e a sua crise: o retorno da necessária consideração axiológica do direito

Apesar de possível identificar suas origens remotas, ou, mais precisamente, o histórico conflito instaurado entre leis positivas e naturais, BOBBIO aponta três modelos de positivismo que se desenvolveram na Modernidade: o alemão, o francês e o inglês.

O modelo alemão deita as suas raízes na *Escola Histórica* de SAVIGNY, que, apesar de não ser propriamente positivista, elabora uma crítica profunda e estrutural aos fundamentos do direito natural. Influenciada pelo romantismo, a *Escola Histórica* se opôs ao Iluminismo, em especial a sua vertente racionalista francesa, buscando desconstruir, a partir da concretude histórica, as abstrações que lhe servem de baliza na formulação do conhecimento. BOBBIO destaca cinco características do historicismo, a saber, *a variedade da história, devido à variedade do próprio homem*, ou seja, não há o “Homem” preconizado pelos racionalistas, mas indivíduos concretos, irrepetíveis, moldados de forma singular pela sua cultura; *a irracionalidade da história*, pois o que move o homem e, em consequência, constrói a história, não é a razão, mas, antes, a paixão, o desejo, e, daí, deriva a sua terceira característica, o *pessimismo antropológico*, ao contrário da crença no progresso havida pela ilustração; também o *amor ao passado*, como um momento áureo, seja em razão da beleza da cultura e filosofia grega, seja pela potência e pelo

desenvolvimento do direito em Roma, que merecem ser recuperado, como forma de evitar a decadência que se encontra a humanidade; e, por fim, o *amor à tradição*, como aquilo que foi se construindo lentamente e se sedimentando nas culturas dos povos, não sendo possível romper com toda essa riqueza que a história produziu a partir de idéias revolucionárias³⁴⁶.

SAVIGNY, fundador da *Escola Histórica*, seguiu o caminho inaugurado por GUSTAV HUGO, em seu *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*³⁴⁷, originalmente publicado em 1798. Exsurge, com HUGO, a definição do objeto da “filosofia do direito positivo”, título de seu primeiro capítulo, como o conhecimento racional daquilo que pode ser direito no Estado, e tal conhecimento se dá por meio de conceitos³⁴⁸. Elabora-se, assim, segundo BOBBIO, mais que uma filosofia do direito, mas uma teoria geral do direito, pois o próprio direito natural é entendido como a filosofia do direito positivo, vale dizer, não a partir do direito positivo de um Estado específico, mas ancorado naquilo que pode ser direito em qualquer Estado³⁴⁹. O direito posto pelo Estado, porém, não se confunde com o direito por ele legislado, como será o caso da definição de direito positivo para o positivismo francês – referimo-nos aqui à *Escola da Exegese* – mas engloba a normatividade gestada, criada pela cultura, pelos costumes do povo, pela sua língua e história – e, assim, HUGO pode ser considerado o antecedente direto da *Escola Histórica*, ou mesmo seu iniciador³⁵⁰.

³⁴⁶ BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, cit., p. 47-51.

³⁴⁷ HUGO, Carl Gustav. *Lehrbuch des Naturrechts als einer philosophie des positiven Rechts*. 4. ed. Berlin: August Mylius, 1819.

³⁴⁸ HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer philosophie des positiven Rechts*, cit., p. 1-2.

³⁴⁹ BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, cit., p. 46.

³⁵⁰ BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, cit., p. 47.

As idéias acerca do direito, de SAVIGNY são diretamente inspiradas no historicismo romântico, e pode-se identificar, em sua concepção teórica, as linhas mestras apontadas por BOBBIO. O direito, assim, não é simples produto da razão, não sendo possível reivindicar um modelo único, válido para todos os lugares e tempos. Nasce do sentimento de justiça, do julgamento que o povo faz daquilo que é justo e injusto, não se confundindo com a artificialidade do direito posto pelo Estado; o amor ao passado é retomado não a partir da simples recepção do direito romano pela Alemanha, mas pela perquirição de um direito originário, germânico, que teria características que melhor se adequariam à nação, criticando-se um direito estrangeiro, que se pretendia a *ratio scripta*, ou, ainda, a codificação do direito europeu decadente, como se propunha na França, valorizando-se, opostamente, o costume, expressão *Volkgeist*³⁵¹. O desenvolvimento da Escola Histórica levará à construção de sua vertente formalista ou conceitualista, a *Begriffsjurisprudenz* ou a Pandectística (*Pandektenwissenschaft*).

Na França, consequência direta da Revolução, surge a Escola da Exegese, que, como seu próprio nome aponta, tinha como precípua missão a interpretação literal da norma, forma de garantir que a lei, forjada pela vontade geral, através do processo político, fosse respeitada, mantendo-se as conquistas alcançadas. A questão do direito natural é colocada de lado, argumentando-se

³⁵¹ BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, cit., p. 51-2. Como anota Hespanha, “O espírito do povo revelar-se-ia nas produções de sua cultura. Na sua língua, desde logo. Também na poesia popular, nas tradições folclóricas, no direito histórico, nas produções de seus intelectuais, nas suas tradições literárias. Seriam justamente estas manifestações da ‘alta cultura’ aquelas que, um pouco paradoxalmente, melhor revelavam a alma nacional. Pois eram aquelas em que, justamente pela qualidade intelectual dos seus autores, se conseguia atingir, com uma maior profundidade, sistematicidade e plenitude, o espírito de uma nação. Na sua ‘inocência’, o povo exprimir-se-ia numa ‘multiplicidade’ de registros, que só as elites culturais conseguiam reduzir a um ‘sistema científico’.” HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 385.

que, mesmo na hipótese de sua existência, deve o jurista se limitar ao direito positivo, seja porque ele é o direito válido, seja porque o direito natural seria tão geral e abstrato, que precisaria ser especificado por normas positivadas, sendo um traço comum dessa corrente de pensamento a inversão da tradicional relação entre direitos naturais e positivos, como bem salienta BOBBIO³⁵².

Além dessa característica, destaca-se igualmente a *concepção rigidamente estatal do direito*, sendo seu corolário a onipotência do legislador: direito é apenas o que é produzido no processo político pelo Estado, por meio de suas instituições formais, negando-se validade à criação ou reconhecimento do direito costumeiro, jurisprudencial ou doutrinário. Segue que, ao aplicador, caberia apenas a *interpretação fundada na intenção do legislador*, e nada mais, seja ela uma vontade real ou presumida, recurso necessário para enfrentar obscuridades e lacunas legislativas. Por fim, destaca-se o *culto à lei*, um verdadeiro fetichismo legalista, e o *respeito ao princípio da autoridade*, sobretudo em relação aos primeiros comentadores do Código³⁵³.

Como último eixo da formulação teórica do positivismo, a influenciar as teorias jurídicas contemporâneas, situa-se a corrente positivista originada na Inglaterra, cujos grandes representantes são BENTHAM e AUSTIN.

Apesar de se colocar contra as correntes jusnaturalistas, BENTHAM foi fortemente influenciado pelo iluminismo francês, que, aliado ao utilitarismo, produziu fortes críticas às concepções abstratas de direito que culminaram na Revolução, legando uma vigorosa teoria da legislação, que teve influência em todo o ocidente, apesar de, paradoxalmente, não ter impactado da mesma forma seu país natal. Além da crítica aos estratagemas racionalistas de justificação do Estado,

³⁵² BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, cit., p. 84-5.

³⁵³ BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, cit., p. 84-9.

como o contrato social, BENTHAM apontava o caráter anárquico dos direitos humanos proclamados na França, por serem abstratos e passíveis de originar pretensão de todos contra todos. Suas armas foram apontadas também ao *common law*, criticando a sua *incerteza*; a *retroatividade* desse direito, na medida em que quando o juiz cria um precedente, resolve o caso com uma nova norma por ele criada, gerando insegurança jurídica; *não ser ele fundado no princípio da utilidade*, ou seja, de criar a maior felicidade possível ao maior número de pessoas, o que só poderia ser feito de modo sistemático pelo legislador; e, por fim, *a impossibilidade de controle popular da criação do direito*, pois, diferentemente da influência que o povo pode exercer no parlamento, a criação do direito pelos juízes tende a ser arbitrária. Como solução, BENTHAM aponta a criação de um código, completo, tendo como princípio a regra do utilitarismo, redigido em termos claros e expondo os seus motivos de modo racional, para que possa ser aceita pelos seus destinatários³⁵⁴.

AUSTIN esposará, a partir da tentativa de conciliação da teoria de BENTHAM e SAVIGNY – como afirma BOBBIO, fazendo uma leitura historicista do primeiro e utilitarista do segundo³⁵⁵ – um estudo das normas que se define por três características comuns às correntes positivistas:

“a) a) a afirmação de que o objeto da jurisprudência (isto é, da ciência do direito) é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção positivista do direito); b) a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção imperativista do direito); c) a afirmação de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente - isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado (concepção estatal do direito)”³⁵⁶.

³⁵⁴ BOBBIO, *O positivismo Jurídico...*, cit., p. 96-100.

³⁵⁵ BOBBIO, *O positivismo Jurídico...*, cit., p. 104.

³⁵⁶ BOBBIO, *O positivismo Jurídico...*, cit., p. 108.

No mesmo caminho de BENTHAM, AUSTIN não apresenta parecer favorável ao “direito dos juízes”, propugnando pela codificação do direito, não sem antes tecer ácidas críticas ao Código de Napoleão. Este teria sido redigido às pressas, faltariam-lhe as definições técnicas dos termos utilizados, não fora concebido segundo o cânone da totalidade, pois abriu espaço para fontes subsidiárias. Sobre a superioridade da codificação em relação ao direito costumeiro inglês, AUSTIN responde às várias críticas apresentadas: em relação à incompletude dos códigos, sustenta que realmente o são, porém, num grau muito menor que o direito judiciário; à crítica acerca da possível superextensão de um código completo, retorquiu o autor que isso não é necessariamente verdade, pois não se trata de regulamentar casos concretos, mas de criar-se comandos gerais e abstratos, regulando-se toda uma categoria de casos possíveis; sobre a cristalização do direito no código, o direito pretoriano o seria em maior grau, pois os juízes tendem a seguir os precedentes, e, quando o modificam, devem se ater à analogia, não sendo, assim, uma decisão criativa e livre; se o código é menos maleável, isso é uma vantagem, por permitir maior grau de segurança jurídica; por fim, o código diminuiria as imprecisões interpretativas, eliminando equívocos e ambiguidades³⁵⁷.

Com a escola jusnaturalista moderna, apesar de seu substrato, já se inicia uma tentativa de fundar o direito em regras unicamente racionais, a exemplo da citada frase de GROTIUS, segundo quem o direito deve ser justificado como se deus não existisse, ou seja, pela razão. O movimento iluminista e, igualmente, o seu contraponto, o romantismo, expresso na corrente histórica de HUGO e SAVIGNY, consideraram o direito como um dado, seja da razão, expresso pela vontade do legislador através de normas, seja através do *Volkgeist*, o espírito

³⁵⁷ BOBBIO, *O positivismo Jurídico...*, cit., p. 115-6.

criativo do povo. O neokantismo, especialmente a Escola de Marburg, acabará por esvaziar o sentido do direito natural, na concepção de direito natural de conteúdo variável de STAMMLER³⁵⁸. Bebendo nessas fontes, como salienta MAYNEZ³⁵⁹, o positivismo jurídico, com foco sobretudo na eficácia da norma jurídica, desenvolveu-se em duas grandes vertentes, a sociológica e a analítica, ambas buscando retirar o caráter “metafísico” da Ciência Jurídica, o que significava banir as considerações sobre valores, ligadas à ética e à moral, e sufragadas pelo jusnaturalismo.

Como salienta BROCHADO, o normativismo kelseniano levou tal empreitada às últimas consequências, rompendo-se com o positivismo, pois passa a considerar que o direito pertence, exclusivamente, ao mundo do *dever-ser*, e não do *ser*³⁶⁰, constituindo-o como uma ciência formal, hipotético-dedutiva³⁶¹:

³⁵⁸ “Stammler elaborou a sua conhecida doutrina do ‘Direito Natural de conteúdo variável’, que teve vários sequazes no Brasil, convindo lembrar que Clóvis Beviláqua, apesar de fundamentalmente empírico na sua orientação geral, não lhe recusava adesão. Segundo o mestre de Die Lehre von dem richtigen Rechte, o Direito Natural não é simples duplicata do Direito Positivo, mas é formado pelas categorias puras que governam *a priori* a experiência histórica, empregando-se aqui a expressão *a priori* no sentido kantiano de universal e válido como condição transcendental da experiência jurídica possível. O conteúdo do Direito Natural, no entanto, varia de lugar para lugar e de época para época. O que é jurídico hoje pode não se pôr como jurídico amanhã, mas, nessa mudança contínua de conteúdos, há algo no Direito que possibilita as mudanças; – são as categorias lógicas fundamentais do querer, que condicionam as realizações sociais no sentido do ideal do justo”. REALE, *Filosofia do Direito*, cit., p. 340.

³⁵⁹ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introduccion al estudio del derecho*. 7. Ed.. Mexico: Editorial Porrúa, 1956, p. 333.

³⁶⁰ Como ressalta GOMES, o papel da Ciência do Direito para KELSEN é meramente descritivo, e sua validade apenas formal. Por outro lado, apesar da influencia de KANT, afirma o autor que, para este último, o Direito possui também um fundamento material, que é a liberdade, único valor *a priori*, portanto universal, cf. GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de Validade do Direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 206.

³⁶¹ BROCHADO, *A Eticidade do Direito...*, cit., p. 78.

“Os Éticos procuram o fundamento do direito na *moral*.; Kelsen busca um fundamento *jurídico* para o direito. No entanto, tal fundamento de validade é meramente formal, concebido na estrutura da própria ordem jurídica. A única essencialidade que ele não nega a esta ordem é a coerção (coação *autorizada*, logo, retorno à validação objetiva). Mas não é o fato de separar o direito da moral, como o fez magistralmente Kelsen, que traz para a ciência ou a filosofia do direito a autonomia desejável de seu objeto de análise. Tanto como os Éticos massacraram materialmente o direito na moral, Kelsen o reduz a estruturas lógicas, desprovidas de conteúdo, o que torna a ciência do direito, lógica jurídica. A rejeição da tese tradicional proposta por Kelsen gera uma ciência jurídica que tem por objeto formas de manifestação legitimadas por outras, mas jamais buscando as razões dessas legitimações, ou, em última instância “o quê” elas veiculam universalmente, o que evitaria o relativismo suscitado pelo mentor do *purismo metodológico*”³⁶².

O próprio KELSEN, em prefácio a sua *Teoria Pura do Direito*, gaba-se de ter efetivamente conseguido construir uma teoria do direito válida, pois, como assume, foi acusado indistintamente de, com a sua obra científica, ter fundamentado ordens jurídicas extremamente injustas, de toda a sorte de governos autoritários, seja de viés esquerdista ou liberais. Isso, afirma KELSEN, é prova de que o fenômeno jurídico foi tratado de forma universal, ou, em suas palavras, com a devida “pureza metodológica”, servindo sua teoria para explicar o direito em si, não importa o conteúdo e as matizes ideológicas que o informe, devendo-se abdicar de adentrar no mérito de sua “justiça”, posto que isto não é objeto de perquirição do cientista do direito³⁶³.

A crise do positivismo iniciou-se tão logo foram produzidas as suas maiores obras legislativas, principalmente face ao problema da necessidade de

³⁶² BROCHADO, *A Eticidade do Direito...*, cit., p. 85.

³⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XIII.

completude legislativa, uma vez que não se admitia a criação do direito por parte do juiz, associada à vedação do *non liquet*, como ficou patente já na famosa discussão do art. 4º do Código de Napoleão. A consequência direta de ambos os dogmas é a necessidade de completude e totalidade do ordenamento, o que, de um lado, mascara a criação do direito pelo juiz ao permiti-lo tão somente o uso da analogia.

Como afirma KAUFMANN, os positivistas acreditavam que o legislador não faria leis abjetas, e, na hipótese de que essas viessem a ser promulgadas, seriam logo retiradas do sistema. Estavam ainda imbuídos do espírito ético que o jusnaturalismo conferia ao aspecto material do direito, e imaginavam que, se o legislador, onipotente, pudesse produzir leis que não fossem justas, não chegariam a produzir normas evidentemente injustas. Porém, para o positivismo legalista, a identificação entre lei e direito chegou a tal patamar que não apenas “somente a lei é direito, mas qualquer lei é direito”³⁶⁴.

Evidentemente, não seria mais possível continuar a sustentar uma compreensão do fenômeno jurídico de índole estritamente formal após o holocausto³⁶⁵. O positivismo, fechado em si mesmo, já não conseguia dar uma

³⁶⁴ KAUFMANN; HASSEMER; *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, cit., p. 122.

³⁶⁵ “o formalismo da pandectística, com o relativismo axiológico que lhe andava ligado [...], não armava suficientemente os juristas para, enquanto juristas, se oporem a projetos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura européia. A demonstração disto vinha da observação da realidade alemã, no período de entre guerras. A constituição e a cultura jurídica da República de Weimar eram filhas da ética formalista e axiologicamente neutral do kantismo e da pandectística. A legitimidade do direito (e do poder) fundava-se exclusivamente no facto de ser estabelecido de acordo com os processos constitucionalmente prescritos. Os seus valores de referência eram desprovidos de conteúdo (uma ética, um sistema de valores, uma crença religiosa, um sistema filosófico, uma visão de mundo) e apontavam apenas para a necessidade de observar uma forma (constitucionalidade orgânica e formal)”, HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997, p. 237.

resposta senão formal ao problema das lacunas do direito, dos conceitos abertos e do grau de criação jurídica pela autoridade aplicadora. Tampouco apresentava qualquer resposta no que tange ao conteúdo das normas, à justiça do direito, indagação constante quando se trata do fenômeno jurídico³⁶⁶.

A busca de uma terceira via, com a superação da dicotomia direito natural – positivo³⁶⁷, constitui, nas palavras de KAUFMANN, a pedra de toque da Filosofia do Direito, que deve abandonar a fixação em categorizar as teorias jurídicas apenas nestes dois esquemas, e “estar ciente de que entre o direito natural e o positivismo não existe uma relação de ‘ou..., ou...’, *tertium non datur*”³⁶⁸. Esta terceira via argumentará, sinteticamente, que

“de facto não estão preestabelecidos todos os concretos conteúdos jurídicos, mas apenas certas estruturas, princípios, ou, então, apenas negativamente nos termos de ‘argumento de injustiça’, que em caso algum vale uma manifesta injustiça legal”³⁶⁹.

A necessidade de compatibilização dos objetivos do jusnaturalismo, como limite à lei positiva e conformação ética de seu conteúdo, e, igualmente, do positivismo, como grau de segurança e validade da lei legitimamente posta, é apresentada quase de forma unânime pelos estudiosos do direito, evidentemente com propostas das mais diferentes possíveis, mas que vem se aglutinando em torno dos direitos humanos, denominada genericamente por *pós-positivistas*, como salienta BARROSO:

³⁶⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 6. Ed. Munique: Beck, 2011, p. 60.

³⁶⁷ Trata-se, nas palavras de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. de uma “dicotomia enfraquecida”, na medida em que o direito natural positivara-se, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170.

³⁶⁸ KAUFMANN, *Filosofia do Direito...*, cit., p. 61.

³⁶⁹ KAUFMANN, *Filosofia do Direito...*, cit., p. 62.

“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica”³⁷⁰.

No contexto do pós-positivismo, retoma-se o estudo dos valores jurídicos, sustentando LARENZ a transição da “jurisprudência dos interesses à jurisprudência de valoração”, que, segundo o autor, “continua a ser tida como pacífica e é reconhecida sobretudo no domínio da atividade jurisprudencial”³⁷¹. Para REALE, o novo momento significa a busca da compreensão integral do fenômeno jurídico, centrado na pessoa³⁷², seu valor fonte, e destacando o novo papel reservado ao valor no direito contemporâneo, e assinalando, igualmente, a passagem da Jurisprudência de Interesses para a Jurisprudência de Valores³⁷³.

³⁷⁰ BARROSO, *Direito Constitucional Contemporâneo...*, cit., p. 242.

³⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163.

³⁷² V., igualmente, MATA-MACHADO. Edgar de Godoi da. *Contribuição ao Personalismo Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

³⁷³ REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118-9. No mesmo sentido, HORTA, ao analisar a estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito, demonstra como a Nova Hermenêutica e a Jurisprudência dos Valores, também denominada Jurisprudência dos Princípios, que se interpenetra com a Jurisprudência dos Problemas (Tópica), estão presentes na atual concepção constitucionalista e jusfilosófica [HORTA, *Horizontes jusfilosóficos...*, cit., p. 173], e cita REALE, para quem “o advento da Jurisprudência de Valores é consequência imediata do papel que o valor da pessoa humana vem desempenhando em todos quadrantes do direito positivo”, REALE, *Nova Fase...*, cit., apud loc. cit.

Não se pode olvidar das importantes contribuições sobre a força normativa dos princípios jurídicos oferecidas por, entre outros, DWORKIN³⁷⁴ e ALEXY³⁷⁵, a modificar a compreensão sobre a estrutura das normas jurídicas³⁷⁶. As citadas teorias permitiram, além de melhor fundamentação, o alargamento da aplicação do princípios constitucionalizados, reconhecendo-lhes o efeito irradiador (*Austrahlung*) e a sua aplicação, inclusive, em relação a terceiros, alçando a outro patamar a restrita tese de destes direitos como direitos de defesa (*Abwehrrecht*) e abstenção face ao Estado³⁷⁷.

Tal quadro teórico é que permitirá avanços na aplicação e eficácia dos direitos humanos e fundamentais, agora alfa e ômega do direito, *maximum ethicum*³⁷⁸ não apenas de uma cultura ou civilização, mas, atualmente, como veremos no desenvolvimento deste trabalho, reconhecidos globalmente, constituindo-se como um núcleo comum de valores transculturais do direito³⁷⁹.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 71 *et seq.*

³⁷⁶ V. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 143, pp. 191-210, jul.-set. 1999.

³⁷⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte, cit.*, p. 174 *et seq.*

³⁷⁸ SALGADO, *A idéia de justiça no mundo contemporâneo...*, *cit.*, p. 264-70.

³⁷⁹ VILLELA, João Baptista, Em busca dos valores transculturais do Direito, in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 89, Janeiro/Junho de 2004.

3. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS COMO VALORES JURÍDICOS

UNIVERSAIS

3.1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: impossibilidade de distinção ontológica

Os conceitos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* correspondem ambos a uma série de direitos com características próprias, expressão do desenvolvimento do Direito – vale dizer, foram construídos culturalmente em determinado tempo e circunstâncias históricas – e não são utilizados na Ciência Jurídica, em regra, de forma rigorosa, de modo a se permitir distingui-los com facilidade. Se é possível apontar diferenças significativas entre, de um lado, normas de direitos humanos e fundamentais, e, de outro, de outras espécies de normas jurídicas – o que se reserva ao próximo ponto – não é tarefa simples a de separá-los analiticamente, do ponto de vista da Filosofia do Direito, pois, em realidade, *direitos humanos* e *direitos fundamentais* possuem a mesma base ontológica e radicam na mesma consciência jurídica que exige a proteção à dignidade da pessoa, que positiva normas universalmente reconhecidas, no plano internacional – pela comunidade de Estados, portanto – bem como positiva essas mesmas normas no plano interno, ou seja, são postas de modo particular, como universal concreto, por determinado Estado.

Nada obstante, do ponto de vista do Direito Constitucional, costuma-se definir a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais de modo relativamente simples:

“Outra característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Essa característica serve de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada

para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a posituação numa ordem jurídica particular³⁸⁰.

Contudo, identifica-se desde logo sua íntima correlação:

“Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra³⁸¹.

Um grave problema na seara jurídica, no que tange aos direitos *humanos* especificamente, é que foram tratados, em razão de sua origem nos direitos naturais, muitas das vezes, como meros mandamentos morais. Assim, até mesmo por uma estratégia retórica e política, qualquer idéia, por mais abstrata que seja, e que indique um comando que se pretenda ver reconhecido como tal, ou seja, que deveria ter o seu valer reconhecido, acaba ganhando o “*status*” de direitos *humanos*. Ainda, ao se relacionar normas hipotéticas, que apenas postulam o seu reconhecimento, e relacioná-las, num esforço argumentativo, com a *dignidade da pessoa humana*, termo amplo e genérico, acaba-se por esvaziar semanticamente o conceito de ambos os termos, o de *dignidade* e o de direitos *humanos*.³⁸²

³⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 394.

³⁸¹ MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional...*, cit., p. 394.

³⁸² “Os termos direitos humanos e direitos fundamentais muitas vezes são empregados como sendo sinônimos, mas não se confundem, pois entende-se por humanos aqueles

Buscamos, com a nossa Tese, uma reflexão filosófica sobre a Ciência Jurídica de nosso tempo, e, sobre esse prisma, direitos humanos e direitos fundamentais serão tratados como **efetividades jurídicas**. Um mero desejo, que não é reconhecido, por mais salutar e bem intencionado que seja, para nós, caso não se adeque aos requisitos de exigência para ingresso no plano jurídico, só poderá ser considerado como uma tendência, uma semente que poderá ou não vingar. No plano internacional, no qual se fala, em regra, de direitos *humanos*, consideraremos como tais aqueles que sejam reconhecidos devido a **tratados** ou como **costume jurídico internacional**, fontes do Direito Internacional aceitas de modo amplo, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Posta essa premissa, considerada essencial para o tratamento juridicamente adequado do tema, passa-se a examinar, de modo crítico, as diferenças que se apontam entre ambos, direitos *humanos* e direitos *fundamentais*, relacionadas, respectivamente, ao *espaço*, à *positivação*, à *eficácia* e ao *destinatário*.

Em relação ao *espaço* e à *positivação*, costuma-se se referir aos direitos *humanos* como normas para a proteção do homem declaradas no plano internacional. Foram, durante significativo tempo, considerados apenas declarações morais, uma exortação aos países, mas sem validade propriamente jurídica. Isso se verificou com a Declaração Francesa de 1789, de um lado, por se tratar de uma conclamação, com pretensão de universalidade, é verdade, mas que foi elaborada no âmbito da França revolucionária, ou seja, por um sujeito histórico situado, sem a participação direta dos demais, justificada pela fé na razão iluminista. Além disso, o Direito Internacional se encontrava com um baixíssimo

valores ínsitos à pessoa humana, indispensáveis ao seu desenvolvimento em sua tripla dimensão bio-psíquica-espiritual, não necessariamente positivados pelas Cartas Constitucionais. São conteúdo ou materialidade dos assim chamados direitos fundamentais, que dão a formalização nas ordens jurídicas internas a tais conteúdos jurídicos”, BROCHADO, *Direito e Ética...*, cit., p. 122.

grau de desenvolvido, e tampouco havia uma complexidade tal de interação entre os países no globo que exigisse efetivamente uma normatividade forte no plano internacional, fenômeno verificado na contemporaneidade.

Semelhantemente, a Declaração Universal de 1948, apesar de adotada na primeira Assembleia Geral da ONU – cuja carta, apesar de em seu art. 1º mencionar a necessidade de promoção dos direitos humanos, em momento algum traz um rol sistemático dizendo quais são eles – veio a lume no momento em que se percebia a necessidade de mudanças na própria estrutura do Direito Internacional, mas ainda não se tinha clareza de qual caminho adotar. Por essa razão, JACQUES MARITAIN, principal articulador de sua redação, e responsável por se chegar a um consenso em relação aos seus termos, a elaborou essencialmente como uma declaração moral, e não jurídica.

O termo *fundamentais*, ainda a respeito do *espaço* e *positivação*, é utilizado para denotar a presença de determinados direitos considerados basilares à proteção ao *cidadão* num Estado particular, positivado em sua respectiva constituição³⁸³. Seu âmbito de validade, portanto, restringe-se ao território do país. Essa diferença, entretanto, denota a origem comum deste com os direitos humanos, uma vez que se trataria, inicialmente, de uma positivação de direitos naturais e humanos, ainda que seu rol seja posteriormente estendido, como um

³⁸³ “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”, V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

efeito expansivo de sua efetividade. Nessa perspectiva, antes de guardarem uma diferença substancial, direitos *humanos* e *fundamentais* possuem a mesma natureza, qual seja, valores já reconhecidos e positivados, com crescente grau de eficácia, seja no plano internacional, no caso dos direitos *humanos*, seja no plano interno, no caso dos direitos *fundamentais*. Ressalte-se, como será mais a frente examinado, que inclusive essa diferença formal apontada começa a mostrar-se insuficiente, pois os tratados de direito internacional de direitos humanos, ainda que, em regra, recepcionados como lei ordinária, pelo seu *conteúdo* tem recebido tratamento hierárquico superior, a exemplo do julgamento do RE 466.343-SP e da interpretação do Art. 25 da *Grundgesetz*, que, segundo a Corte Constitucional Alemã, exige a “afinidade” (*Freundlichkeit*) do direito interno com o direito internacional.

A utilização do termo *cidadão*, no último parágrafo, não foi aqui despropositada. Aponta-se, comumente, uma diferença entre os destinatários dos direitos *humanos*, que seria qualquer homem, em qualquer parte do globo, e dos direitos fundamentais, o *cidadão*. Os direitos de liberdade, ou primeira dimensão dos direitos fundamentais, declarados nas constituições dos Estados de Direito, incluem, além da proteção à vida, à segurança, à intimidade e às liberdades de manifestação, também os direitos políticos, todos eles, como se posiciona a doutrina tradicional, a demandar, em regra, uma não-intervenção, uma abstenção, do Estado. Contemporaneamente, é cediço que a proteção à vida, o direito ao devido processo legal, a inviolabilidade da dignidade humana, a proibição de castigos corporais, dentre outros, aplicam-se não somente ao *cidadão*, mas a qualquer pessoa que esteja em território estrangeiro – o que evidentemente não teria cabimento em se tratando de direitos políticos, e, daí, não é correto distinguir os direitos fundamentais dos humanos em razão dos primeiros terem como destinatário os *cidadãos*. Tampouco é a *pessoa humana* a titular de direitos

fundamentais, pois à *pessoa não cidadã*, em Estado estrangeiro, não lhe é igualmente reconhecida a titularidade de direitos sociais, com alguma ressalva à aplicabilidade do chamado mínimo existencial, estritamente³⁸⁴.

Isso, por si, já demonstra como é problemática a distinção de ambos os conceitos, de modo claro e seguro. Seguindo as premissas anteriores, a definição de direitos fundamentais ou humanos recairia num casuísmo, pois na hipótese de um Estado aceitar a aplicação de seus direitos fundamentais à *pessoa não cidadã*, essa seria simplesmente a amplitude de tal direito fundamental, conforme definido pelo ordenamento interno; já na hipótese contrária, de não reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais à *pessoa não cidadã*, que esteja por ventura no território desse determinado Estado (como o estrangeiro ou o apátrida), então a essa se reconheceria tão-somente direitos *humanos*, mas não de direitos *fundamentais*, restando, como forma de proteção, apenas a responsabilidade do Estado no plano internacional.

A conclusão que se seguiria dessa constatação é a de que os direitos humanos, *funcionalmente*, são direitos naturais, que funcionam não apenas como fator de correção da norma interna³⁸⁵, mas igualmente como princípios

³⁸⁴ A respeito da discussão da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*, v. a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 45. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45; Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>, consultado em 26 de novembro de 2013.

³⁸⁵ O Direito Internacional (direito de uma comunidade internacional - *Völkergemeinschaftsrecht*) do presente pode ser conceituado como a expressão e criação do direito dessa comunidade que se conecta através de princípios fundantes, formais e materiais, e que são expressão de princípios fundamentais coletivos dessa mesma comunidade. A ordem jurídica internacional tem, como nenhum outro ramo do direito, as suas fundações numa base ética, pois por detrás de suas normas não há um aparato estatal de coerção. Essa idéia funcional de direito natural exigível do Direito Internacional engloba hoje, por força da necessidade de civilidade, regras fundamentais à segurança da

transversais do direito, que irradiam a sua força axiológica a todo o ordenamento. Aceitamos essa conclusão parcialmente, pois, de fato, essa função é verificável: funcionam os direitos humanos como vetores axio-teleológicos, impulsionando o desenvolvimento jurídico em todos os ramos do direito. Mas, além disso, são também direitos, que, cada vez mais, tendem a se atualizarem, seja no âmbito interno, com o seu reconhecimento pelos Tribunais, leis e constituições, seja pela jurisdição internacional, que se encontra em franca expansão, com as cortes regionais e tribunais internacionais (a exemplo do Tribunal Penal Internacional). Funcionam, ainda, conforme a lógica do Direito Internacional, que não é idêntica a do direito interno.

O outro lado dessa distinção formal de direitos *humanos e fundamentais* é a sua classificação como direitos *materialmente* fundamentais, pois se trataria da positivação de direitos humanos já declarados plano internacional – nesta perspectiva, haveria maior coincidência entre direitos *humanos e fundamentais*, uma vez que o objetivo, de maneira abstrata, seria a proteção da dignidade humana. A natureza dessa classificação parece, entretanto, ter origem muito mais numa distinção interna do Direito Constitucional, que não se satisfaz com a classificação formal de direitos fundamentais, segundo a qual direitos fundamentais são

paz internacional e à proteção dos recursos naturais e ao direito de autodeterminação dos povos como a verdadeira *raison d'être* do direito internacional moderno. Com o conceito de direitos naturais funcionais quer-se dizer que a noção fundamental sobre o direito correto, sobre a ordem justa e a ação estatal adequada, hoje, em todo o mundo, possui o seu ponto de relação normativo no Direito Internacional. Esse reconhecimento geral é igualmente universal quando certamente – mesmo que não haja consenso nas interpretações sobre o direito e a comunidade internacional – os princípios gerais do direito atuais são por ele influenciados, também em casos concretos (a exemplo da proteção dos direitos humanos e principalmente a proibição de intervenção, cf. VOSGERAU, Ulrich. *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft: Grundgesetz und Europäische Union im internationalen öffentlichen Recht der Gegenwart*. Universität zu Köln: Habilitationsschrift, 2012, p. 30-1.

aqueles apontados como tais pela própria constituição – como no art. 5º da CFRB/88 e a Lei Fundamental da Alemanha, esta última, inclusive, declara formalmente, como direitos fundamentais, apenas direitos de primeira geração. Além de, novamente, ser um critério casuísta, foi historicamente superado. No caso da CRFB/88, a própria Constituição reconhece a possibilidade de direitos fundamentais ao longo do texto, nos termos do art. 5º, §2º, e, ao mesmo tempo, parece ter aceito o termo direitos humanos apenas àqueles oriundos do Direito Internacional, como se pode inferir do art. 5º, §3º, e art 109., V e §5º; no caso alemão, a Corte Constitucional Alemã interpretou a Lei Fundamental no sentido de reconhecer direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*). Se essa discussão resta dogmaticamente sepultada, por outro lado, atualmente, deparamo-nos com a difícil tarefa de dizer se normas que não possuem status constitucional podem, também, serem consideradas, pelo seu conteúdo, normas de direitos fundamentais, com consequências várias para a Teoria do Direito.

Em relação à *eficácia*, tradicionalmente se afirma que seriam os direitos *fundamentais* os mais aptos a gerarem efeitos e serem concretizados, tendo em vista a maior probabilidade de existirem mecanismos jurídicos internos aos Estados para garanti-los³⁸⁶. No plano internacional, por outro lado, a justiciabilidade (*Gerichtbarkeit*) dos direitos *humanos* restaria prejudicada enquanto não forem criados tribunais internacionais com jurisdição forte o suficiente para efetivá-los. Ora, a definição do direito não pode ser dada meramente como critério de eficácia,

³⁸⁶ “Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”, SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 33.

pois há um sem numero de direitos – chamados tanto de humanos quanto fundamentais, vale dizer, positivados nas Constituições – que encontram grau baixíssimo de efetividade. Não apenas direitos sociais, caso mais clássico em que a efetividade depende de externalidades, variáveis não-jurídicas, mas mesmo direitos de proteção à vida – e aqui basta se pensar em áreas inteiras do Estado em que a garantia à vida não passa de mera ilusão, por falta de controle do Estado, ou, ainda, de modo (quase) institucionalizado, como ocorre nas penitenciárias brasileiras superlotadas – clássico direito de “primeira” dimensão. Em termos jurídicos, poderia-se substituir, para a exigência de classificação, a noção de efetividade pela de exigibilidade, ou, ainda, a disponibilidade da *actio* a garantir o direito. Ainda que tal classificação possa parecer mais adequada, peca por não resolver o problema da diferença entre os direitos *humanos* e *fundamentais*, pois a razão de ser da *actio* é a possibilidade de fruição de um direito negado, de uma pretensão resistida. Se a *actio* existe somente no plano teórico, como foi o caso do Mandado de Injunção durante anos, apesar de um avanço em termos filosóficos, na realidade jurídica o seu impacto é contido. Por fim, salienta-se que o Direito Internacional contemporâneo, num ritmo cada vez mais acelerado, constrói e busca institucionalizar as bases de responsabilização não apenas dos Estados, mas também do indivíduo que praticou ações contrárias ao direito internacional cogente, o que contribui diretamente para o enfraquecimento da possibilidade de distinção clara entre direitos *humanos* e *fundamentais*.

Tais distinções, apesar de revelarem alguns aspectos importantes acerca das normas de direitos humanos e fundamentais, são hoje insuficientes, tendo em vista não somente a exigência de rigor conceitual almejado pela Ciência e Filosofia do Direito, mas também a atual arquitetura do sistema jurídico no mundo globalizado.

Para nós, de forma consentânea com os objetivos dessa tese, ou seja, compreender o sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais, o problema das distinções que se busca formular radica em querer separar um fenômeno comum, extremamente dependente, como se fossem duas realidades ontológicas distintas. A pergunta formulada não se atenta à comum natureza dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, qual seja, a consciência axio-deontológica que exige a adequação do real ao *telos* pensado, a efetivação do dever-ser, no plano da universalidade, com os direitos *humanos*, e como universal concreto, na forma de direitos fundamentais. Por essa razão, a particularidade será múltipla, mas não deixa escapar a sua unidade, e daí a dificuldade de uma classificação analítica do fenômeno. A ordem cronológica de positivação desses direitos, se no plano internacional ou nacional, não é critério seguro, como tampouco o é se a abrangência, eficácia ou efetividade dos direitos fundamentais é *real* e a dos direitos humanos é apenas *desejada*, pois, na verdade, qualquer eficácia e efetividade dos direitos fundamentais é, igual e necessariamente, efetividade dos direitos *humanos*.

Por isso toda e qualquer classificação dogmática é precária, e tem que lidar com o fenômeno da conexão dialética entre ambos os conceitos, sem conseguir explicá-lo de forma adequada, o que leva necessariamente a soluções conciliatórias, como a apresentada por SARLET:

“Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de

positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”³⁸⁷.

Diante disso, utilizaremos o termo *direitos humanos* exclusivamente para significar direitos garantidos no âmbito do Direito Internacional, seja dentro do sistema geral de proteção ao homem ou nos sistemas regionais; *direitos fundamentais* será utilizado apenas em referência àqueles direitos garantidos constitucionalmente e que são, em regra, expressão, com diferente grau de abstratividade, dos direitos humanos. E a expressão *direitos humanos fundamentais* para significar, indistintamente, ambas as categorias. Uma vez que a Tese proposta trata da proteção integral da dignidade intrínseca do homem, através de direitos que servem de princípios retores para toda a ordem jurídica, temos que falar dos direitos *humanos e fundamentais*, em conjunto.

3.2. Direitos humanos e fundamentais: características especiais

Os direitos humanos e fundamentais foram elaborados de modo histórico e situado, a partir da tradição filosófica ocidental, cuja interiorização (*Erinnerung*) cultural, dentro de suas formulações jurídico-filosóficas, foi, em seus aspectos básicos e determinantes, recuperado no capítulo anterior.

É certo que os direitos humanos e fundamentais possuem uma carga semântica ampla e fluida, de conteúdo plurívoco, vale dizer, não é possível estabelecer um sentido prévio e único a estas normas, cuja porção substancial é composta de *princípios*. Antes, elas abrem-se à interpretação, a ser elaborada a partir do horizonte de pré-compreensão do intérprete, o que inclui aí o significado englobante não só de seu aspecto universal, mas igualmente das particularidades que lhe cerca. Assim, se figura inadequado considerar uma melhor interpretação; há interpretações possíveis, que, na fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*)

³⁸⁷ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 34-5.

possibilitada pela comunhão linguística, corrige e recria o significado, pré-conceitos e pré-compreensões, conferindo, ontologicamente, o caráter dinâmico das significações e conteúdos dos direitos humanos e fundamentais, seja entendido como *praxis* individual e coletiva, ou como aplicação de uma norma jurídica³⁸⁸.

Consequentemente, **direitos humanos e fundamentais jamais devem se tornar**, como por vezes busca-se impor, **direitos homogêneos**, cujo *valer* fosse garantido, se preciso, coercitivamente, a partir de um quadro interpretativo unilateral, conforme foi constituído regionalizadamente pela tradição ocidental. Isso, por outro lado, não significa que sejam despidos de sentido, ou, ainda, que não possuam qualquer parâmetro definidor, pelo contrário. Ao possibilitarem o diálogo e discussão de temas compartilhados, acabam por servir simultaneamente como ponto de partida e objetivo, e, como salienta PINTO COELHO,

“longe de invalidar o papel funcional dos Direitos Humano-Fundamentais no sistema jurídico, reforça a necessidade que reconhecer o papel dessas chaves significacionais como as balizas últimas de uma estrutura normativa democrática e,

³⁸⁸ “Es kann daher keine richtige Auslegung *>an sich<* geben, gerade weil es in jeder um den Text selbst geht. In der Angewiesenheit auf immer neue Aneignung und Auslegung besteht das geschichtliche Leben der Überlieferung. Eine richtige Auslegung *>an sich<* wäre ein gedankenloses Ideal, das das Wesen der Überlieferung verkennte. Jede Auslegung hat sich in die hermeneutische Situation zu fügen, der sie zugehört”, GADAMER, *Wahrheit und Methode...*, cit., V. I, p. 401; DEPENHEUER, Otto. *Wahrheitsprobleme des Rechts – eine Einführung*. In: DEPENHEUER, Otto (Org.). *Recht und Lüge*. Münster: Lit Verlag, 2005, p. 17: “Es entspricht herrschender juristischer Auslegungsmethode, Gesetze “objektiv” auszulegen: nicht der gesetzgebende Wille des historischen Gesetzgebers soll die Interpretation maßgeblich leiten, sondern sein objektivierter Wille. Darin liegt eine juristische Lebenslüge schlechthin schon deswegen, weil Rechtsnormen “objektiv” genausowenig sagen wie Papiere, Töne oder Düfte. Der Sinn dieser Objektivierung ist allerdings offensichtlich: weil man nicht mehr an den u.U überholten und nicht mehr überzeugenden Willen des historischen Gesetzgebers gebunden ist, kann man die Rechtsordnung nunmehr flexibel und wandlungsfähig nach den jeweiligen Bedürfnisse der Zeit interpretieren”.

ao mesmo tempo, reforça a importância de somar ao debate sobre a estrutura ontológica de tais direitos as percepções sobre a historicidade efetivadora de sentidos, a eles intrínseca”³⁸⁹.

Nesta perspectiva jusfilosófica totalizante do fenômeno jurídico, os direitos humanos e fundamentais são verdadeiro *iuris legum* da contemporaneidade jurídica, sendo possível compreender todo instituto jurídico como possibilidade de concretização e densificação dessas normas matriciais, sob pena de se converter em direito injusto.

Acolhemos aqui, de modo geral e sem deixar de consignar as observações que julgamos apropriadas, as características comuns entre direitos humanos fundamentais³⁹⁰, como direitos humanos assumidos constitucionalmente

^{389 389} PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (In)variáveis Principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: FARIAS, José Fernando de Castro; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; OLIVEIRA JR., José Alcebíades. *Atas do XXI Congresso Nacional de Direito*. Florianópolis : FUNJAB, 2012, p. 14, disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=92>>, consultado em 24 de outubro de 2013. Adiante, ressalta que “é inegável que os Direitos Fundamentais possuem uma dimensão substantiva, na compreensão que dá a essa dimensão Lênio Luis Streck [...] Eles estruturam, pela mediação da linguagem jurídica, uma base de conteúdo e forma, que realiza a passagem entre valor (pré-compreensão social) e norma (projeção social de sentido politicamente reconhecida) no Direito. Dessa forma, a jurisdição constitucional encontra na discussão sobre os modos de efetivação dos Direitos Fundamentais o lugar capital do debate acerca dos rumos sociais legítimos, do ponto de vista constitucional, e de seus desdobramentos como critérios para crítica e avaliação da correção das decisões jurídicas”, PINTO COELHO, Reconhecimento, Experiência e Historicidade..., cit., in: *op. cit.*, p. 15.

³⁹⁰ Alexy deixa claro que estes podem ser institucionalizados no nível internacional e nacional, o que novamente demonstra a inconsistência de se classificar direitos humanos como aqueles presentes no plano moral ou internacional e direitos fundamentais como esses direitos simplesmente positivados. ALEXY, Robert. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. In: GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg. *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 254: “Wenn es Menschenrechte als universelle, moralische, fundamentale, vorrangige

num Estado particular, apontadas por ALEXY, pelo seu teor analítico. Segundo o professor da Universidade de Kiel, distinguem-se estes dos demais direitos por cinco características estruturais: universalidade, validade moral – que preferimos denominar recognoscibilidade axiológica imediata – fundamentalidade, prioridade e abstratividade³⁹¹.

Universalidade

ALEXY distingue entre a universalidade do portador do direito e do adereçado. A *universalidade* do portador consiste em que todos os homens possuem esse direito – de forma mais técnica, afirmamos, todas as *personas* naturais o possuem. Apesar da definição, que, num primeiro relance, parecer ser suficiente, o jusfilósofo discute pelo menos três problemas que ela pode levantar: a definição do que se entende por homem e o próprio conceito de homem³⁹²; a percepção de que homem se refere ao indivíduo, o que deixaria de fora os direitos transindividuais, chamados direitos humanos de *terceira* geração; e o fato de que, apesar de direitos humanos serem direitos pertencentes a todos, alguns desses

und abstrakte Rechte gibt, dann ist ihre rechtliche Institutionalisierung sowohl auf der Ebene des internationalen als auch auf der des nationalen Rechts geboten”.

³⁹¹ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte, op. cit.*, p. 246.

³⁹² Alerta-se para o especicismo, do qual o racismo muito se aproxima. Para evitar o problema, Alexy afirma que o conceito biológico funciona apenas como delimitação (*Abgrenzung*) ao conceito de direitos humanos, mas não como fundamentação (*Begründung*), sob o risco do conceito ir se expandido infinitamente até se tornar um “*Kreaturenrecht*” [ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte, op. cit.*, p. 247]. De fato, o conceito de homem é determinante à compreensão do Direito. É, aliás, a pergunta fundamental da Filosofia, que reúne as três perguntas fundamentais, elaboradas em sua *Crítica a Razão Pura* [KANT, *Kritik der reinen Vernunft, cit.*, p. 815] – O que posso saber; O que devo fazer; O que me é permitido esperar.

direitos não podem sempre se fazer valer universalmente³⁹³. Em síntese, a universalidade do portador significa possuir a titularidade desses direitos como indivíduos, sem que para isso seja necessário um título jurídico. Já a universalidade do ponto de vista do adereçado é geralmente expressa pela oponibilidade destes direitos diante de todos, vale dizer, são direitos *erga omnis*. A diferença, porém, entre a universalidade da titularidade e do adereçado é que, como segundo, podem figurar homens, agrupamentos e Estados, contra o qual a pretensão jurídica pode ser exercida – a exemplo de uma criança que possui o direito de cuidado oponível aos pais e ao Estado. Ressalta-se que o reconhecimento aos direitos humanos e fundamentais de sua força irradiante (*Austrahlung*) e eficácia horizontal, perante terceiros (*Drittwirkung*)³⁹⁴, reforça a sua oponibilidade *erga omnes*.

Além da universalidade em relação à estrutura, apontamos aqui, igualmente, a universalidade do *conteúdo* do próprio direito, objeto da relação jurídica. Direitos humanos e fundamentais não são apenas direitos desejados, de índole psicológica, mas necessitam de positivação, vale dizer, de reconhecimento

³⁹³ Mesmo quando não podem se fazer valer, como na hipótese do necessitado desse direito não ter condições de reclamá-lo, esses direitos são automaticamente adquiridos, sem a necessidade de um título. É muito mais através disso, do que estruturalmente, já que também são direitos, que eles se distinguem dos direitos comuns. Categoricalmente são direitos humanos somente na medida em que qualquer título não lhes condiciona a existência. ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte, op. cit.*, p. 248: „So kann nur der Hilfsbedürftige für sich Hilfe, nur das Kind für sich eine Erziehung und nur der Bedrohte für sich Schutz fordern. Das macht deutlich, daß Menschenrechte sich von anderen Rechten nicht dadurch unterscheiden, daß sie ihrer logischen Struktur nach kategorische Rechte sind, sondern vielmehr dadurch, daß sie jedem zustehen, ohne daß sie erworben werden müssen. Es reicht aus, daß jemand hilfsbedürftig, ein Kind oder bedroht ist. Das ist bei einem Recht an einem Grundstück anders. Kategorisch sind Menschenrechte deshalb nur insofern, als sie nicht durch einen Erwerbstitel bedingt sind“.

³⁹⁴ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte, op. cit.*, p. 248.

expresso, seja através de um ato de vontade, seja por meio de costume jurídico reconhecido. Em razão desse reconhecimento torna-se, legitimamente, o direito universal, tanto como componente do sistema global quanto local.

A tese que ressalta o caráter universal dos direitos humanos como um predicado meramente moral e de legitimidade encontra vários defensores, a exemplo de TUGENDHAT, para quem: “a tese que eles [os direitos humanos] existem universalmente pode apenas ter o sentido de que, cada ordenamento estatal que não os contém e aos seus cidadãos não os confere, não é visto legitimamente”³⁹⁵. Ora, o plano da legitimidade desempenha, certamente, um papel central diante da comunidade internacional³⁹⁶. Mas o desrespeito grave aos direitos humanos e fundamentais traduz-se em verdadeira ilegalidade, que, além de afetar a legitimidade dos Estados que não o observam, acarreta em potenciais consequências jurídicas.

Ao lado da *universalidade*, é comumente reconhecido aos direitos humanos e fundamentais o caráter de *absolutos* e *relativos*, o que num primeiro relance se mostra contraditório, mas numa perspectiva filosófica não o é.

São *absolutos* porque não derivam de nenhum outro direito, não são dependentes, portanto. Por outro lado, não são únicos, e, assim, encontram o seu limite num outro igualmente absoluto, apresentando, nesse sentido, o caráter de

³⁹⁵ TUGENDHAT, Ernst. Die Kontroverse um die Menschenrechte. In: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte, op. cit.*, p. 48, no original: „die These, daß jede staatliche Ordnung, die sie nicht enthält, ihren Bürgern nicht verleiht, als nicht legitim anzusehen ist“ (Tradução livre).

³⁹⁶ V. RAO, Pemmaraju Sreenivasa. The Concept of International Community in International Law: Theory and Reality. In: BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLET, Alain; WITTICH, Stepahn. *International Law between Universalism and Fragmentation* Festschrift in Honour of Gerhard Hafner. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 85-105.

relativo, e, desta feita, podem ser limitados, ou melhor, compatibilizados com outros direitos de mesma envergadura³⁹⁷.

Validade Moral ou recognoscibilidade axiológica imediata

A validade moral dos direitos humanos e fundamentais, para ALEXY, significa que a norma, que é garantida, vale moralmente³⁹⁸ – e uma norma vale

³⁹⁷ Essa distinção não é, por vezes, adequadamente assimilada: “pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal idéia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Prieto Sanchis noticia que a afirmação de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”. Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”, MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional...*, cit., p. 394.

³⁹⁸ Deixamos consignado que preferimos o termo “eticamente”, no lugar de “moralmente”, pois a moral, na tradição filosófica, refere-se, em regra, à consciência moral do indivíduo. Como ensina LIMA VAZ, salientando, em primeiro plano, que moral era exatamente a tradução do termo ética, do grego para o latim, que “a tendência recente de atribuir matizes diferentes a *Ética* e *Moral* para designar o estudo do agir humano social e individual decorre provavelmente do crescente teor de complexidade da sociedade moderna e, nela, da emergência do indivíduo, pensado originariamente em confronto com o todo social. Ao passo que em Aristóteles se passava, sem solução de continuidade, da *Ética* individual à *Ética* política, ambas sob o nome genérico de *politique* ou ciência política, a filosofia moderna pressupõe uma nítida distinção ou mesmo uma oposição entre as motivações que regem o agir do indivíduo, impelido por necessidades e interesses, e os objetivos da sociedade política, estabelecidos segundo o imperativo de sua ordenação, conservação, fortalecimento e progresso. Foi provavelmente no clima intelectual formado sob a influência dessa distinção que a significação do termo *Moral* refluíu progressivamente para o terreno da *praxis* individual, enquanto o termo *Ética* viu

moralmente quando, oposta a alguém, que se envolva numa fundamentação racional, pode assim ser justificada³⁹⁹. Defendendo seu ponto de vista, não aceita o argumento de que reconhecer o caráter moral dos direitos humanos se opõe a sua institucionalização jurídica, o que, argumenta, apenas numa perspectiva da moralidade kantiana, do dever como dever, faria sentido. Mas não há dúvidas de que os direitos humanos são implementados com a ajuda de elementos próprios do direito, e, assim, pertenceriam – utilizando o jargão kantiano – à esfera da legalidade.

Os direitos humanos, além de possuírem um conteúdo moral, têm a vantagem de também poder ser transformados numa norma jurídica positiva, sem, contudo, modificar o seu conteúdo ou perder a sua validade moral. Alerta ALEXY, porém, que um dos maiores problemas da fundamentação dos direitos humanos é exatamente quais direitos valem moralmente⁴⁰⁰.

Apesar da questão levantada, que seria condição lógica à identificação segura dos direitos humanos, ALEXY apresenta uma síntese destes – a qual consideramos conservadora, pois deixa de fora direitos transindividuais – a saber: (I) direitos negativos da tradição liberal, que exigem a proteção da vida e da liberdade, por exemplo; (II) direito de defesa (*Schutzrechte*), através do qual o Estado se obriga através de uma prestação positiva a proteger os indivíduos de

ampliar-se seu campo de significação passando a abranger todos os aspectos da *praxis* social, seja em suas formas históricas empíricas, das quais ocupam as *Ciências Humanas* (Etnologia e Antropologia cultural); seja em sua estrutura teórica, da qual, segundo pensamos, deve ocupar-se a Filosofia”, LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica* 1. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 15.

³⁹⁹ „Ein moralisches Recht existiert, wenn die Norm, die es gewährt, moralisch gilt. Eine Norm gilt moralisch, wenn sie gegenüber jedem, der sich auf eine rationale Begründung einläßt, gerechtfertigt werden kann“. ALEXY, *Die Institutionalisierung...*, cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 249.

⁴⁰⁰ ALEXY, *Die Institutionalisierung...*, cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 249-50.

ataques; (III) direitos políticos, que garantem à participação do cidadão ao processo de formação da decisão política; (IV) direitos sociais, a assegurar o mínimo existencial; (V) direito processual, que garante a implementação dos direitos enumerados anteriormente⁴⁰¹.

O direito tem, em regra, um componente axiológico que lhe integra, o qual, nos termos da teoria de REALE, enceta um complexo integrado por fato, valor e norma⁴⁰². Um traço que distingue os direitos humanos e fundamentais dos demais direitos, porém, é o **caráter imediato** de reconhecimento de validade do seu valor, referido às condições de possibilidade da vida humana digna, sem a necessidade de se realizar uma digressão normativa para que se encontre o fundamento axiológico que lhe dá suporte dentro do ordenamento⁴⁰³. Afinal, também é nítido o caráter de validade moral a princípios do direito que não são direitos humanos, como o princípio da boa-fé, ou o *nemine laedere*, oriundos do direito privado. Assim, figura-se como mais adequado que “validade moral”, a “*recognoscibilidade da validade axiológica imediata*”, referida sempre imperiosa observância da dignidade humana.

Fundamentalidade

⁴⁰¹ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 250-1.

⁴⁰² REALE, *Filosofia do Direito*, cit., p. 539 et seq.

⁴⁰³ Evidentemente é possível existir um direito que, em-si considerado, não seja fruto diretamente de um valor. Pode ser até mesmo de um não-valor, quando regras jurídicas são inseridas no ordenamento sem o caráter de universalidade, visando uma benesse injustificada. Em relação a este caso, pode-se tanto afirmar que, logo, o direito em tela teria como suporte um não-valor – e, dialeticamente, este é a negação de um valor, o que não lhe retira o caráter axiológico – como, também, haveria a tendência de, dentro do sistema jurídico, esse direito que é um “não-direito” perder validade e eficácia, na medida em que é interpretado sistemática e teleologicamente.

Direitos humanos e fundamentais têm a tarefa de proteger e garantir a satisfação de interesses e necessidades fundamentais, ou seja, a violação ou não satisfação desses interesses e necessidades pode levar a morte ou a um grande sofrimento, atingir o núcleo da autonomia do titular de direito ou, ainda, ameaçar a condição de vida dos homens⁴⁰⁴.

Segundo ALEXY, há uma evidente correlação entre o valor suporte desse direito e a sua fundamentalidade, pois quanto mais facilmente puder ser fundamentado determinado direito em detrimento de outro, maior o seu grau de fundamentalidade, como o exemplo do direito à vida. Ainda, a delimitação dos direitos humanos e fundamentais àquilo que é essencial à existência ou à autonomia demonstra que eles não coincidem diretamente com o que justiça significa, sendo o seu significado mais restritivo. **A violação de um direito humano e fundamental é necessária e imediatamente injusta, mas nem tudo que é injusto é uma violação dos direitos humanos e fundamentais.** É possível pensar numa sociedade capaz de garantir o mínimo existencial a todos os cidadãos, mas que seja extremamente injusta na distribuição e participação dos destes na riqueza socialmente produzida. Tal seria um problema de justiça, a ser

⁴⁰⁴ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 251. Deve-se salientar que a nota de fundamentalidade aparece, nos direitos *fundamentais*, formalmente, como: a) posição hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico estatal; b) procedimento que impeça ou dificulte a supressão ou restrição a esses direitos, ou seja, a característica de serem *cláusulas pétreas*; e, por fim, c) a sua aplicação imediata às entidades de direito público e privado; materialmente, a fundamentalidade decorre de serem os direitos fundamentais decisões sobre a constituição material, sobre as normas básicas de funcionamento da sociedade e de proteção à dignidade da pessoa, cf. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 74-5.

resolvido politicamente, mas não propriamente uma violação aos direitos humanos e fundamentais⁴⁰⁵.

Prioridade

A quarta propriedade dos direitos humanos e fundamentais é a sua prioridade em relação às demais normas de direito positivo. Por prioridade *fraca* entende-se que não é o direito positivo a medida para o conteúdo dos direitos humanos, mas, ao contrário, os direitos humanos a medida para o conteúdo do direito positivo. Em relação aos direitos fundamentais, pode-se referir, igualmente, ao caráter principiológico desses direitos, capaz de prover as demais normas com um conteúdo e sentido que a eles se adequem. A observação dessa regra é uma condição para a legitimidade do direito positivo, pois, direito positivo que viola direito humano é, em relação ao seu conteúdo, direito injusto, incorreto (*unrichtiges Recht*)⁴⁰⁶.

Apesar de ALEXY deixar claro que, jusfilosoficamente, é discutível se essa incorreção existe apenas do ponto de vista moral ou também jurídico⁴⁰⁷, considerando a perspectiva da positivação do valor no processo em que ele é incorporado ao direito, sustentamos que a incorreção e injustiça possuem um nítido caráter jurídico, também devido às normas de direitos humanos serem senão normas jurídicas e positivas de Direito Internacional – que, da perspectiva deste último, possuem caráter supraconstitucional. Considerando-se uma *prioridade forte*, a norma que infringe direitos humanos seria norma antijurídica,

⁴⁰⁵ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 251-2.

⁴⁰⁶ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 252.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Alber, 2005, p. 64 e 129.

comprometendo-se assim a sua validade. Ora, a norma jurídica injusta, contrária a direitos humanos e fundamentais, também é norma jurídica e pode ser vigente e eficaz, porém, a produção dessa norma, seus atos e efeitos, e o sujeito ativo que os produzem, podem todos vir a sofrer efeitos do reconhecimento de sua incompatibilidade com direitos humanos e fundamentais, ou seja, sua invalidade⁴⁰⁸. Daí ser consentâneo com o atual desenvolvimento do sistema jurídico o reconhecimento da prioridade fraca e forte dos direitos humanos e fundamentais.

Abstratividade

A abstratividade dos direitos humanos, cujo grau pode variar, apresenta-se em três diferentes dimensões: a primeira, refere-se ao adereçado, que não é em regra definido – a norma vale *erga omnes*, ou seja, é oponível a todos – a segunda, à modalidade do direito – não se determina, a princípio, se se exige uma prestação apenas negativa ou positiva, a exemplo do direito à liberdade, podendo ser esse direito entendido de maneira bastante diversa quando se busca maior particularização e concreção a ele; outro exemplo cabível é o direito de participação política, que pode assumir contornos e possibilidades consideravelmente múltiplas – e, por fim, a terceira dimensão da abstratividade refere-se às possibilidades de limitação a esse direito. Quanto à última dimensão, basta pensar que o direito à liberdade, ou, mais especificamente, à liberdade de expressão, encontra diversos limites dentro do sistema jurídico, e, assim, não pode ser considerado prioritário⁴⁰⁹ em relação a outros direitos humanos e fundamentais⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 70.

⁴⁰⁹ Não se utiliza o termo „não-absoluto“, bastante comum ao se referir a esses direitos, pois o contrário de absoluto e relativo, e relativo traduz uma relação de dependência em

Mesmo os catálogos de direitos humanos guardam um grande grau de abstratividade, apesar das declarações já apresentarem, em regra, maior concreção. Evidentemente, os direitos humanos, na medida em que são também assumidos pelos Estados, tendem a ganhar contornos mais claros e particulares, até mesmo ao ponto de, no caso concreto, nos múltiplos casos em que há conflito entre eles, ter de se decidir casuisticamente, de acordo com as contingencialidades históricas, materiais e temporais⁴¹¹.

3.3. Direitos Humanos e Fundamentais: justificativa e finalidade ética do Direito

A garantia e plena realização dos direitos humanos e fundamentais é, na contemporaneidade, o fundamento ético do sistema jurídico – aquilo que justifica a sua razão de ser – e também estabelece sua meta e *telos*, finalidade última. Para que tal desiderato seja alcançado, vislumbra-se o Direito como um complexo sistema de normas que pretende, de modo cada vez mais incisivo, regular as plúrimas esferas da vida humana relevantes, uma parcela significativa das ações e omissões que possam, de algum modo, na intrincada rede de relações

relação a outros direitos, o que pode causar confusão semântica. Absolutos são os direitos humanos na medida em que sua validade e fruição não encontra condicionamentos. Relativos são apenas no sentido de sua interdependência recíproca para garantir o objetivo último que é garantir a dignidade da pessoa humana.

⁴¹⁰ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 253-4.

⁴¹¹ ALEXY, Die Institutionalisierung..., cit., in: GOSEPATH, LOHMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, op. cit., p. 254-8. Daí ALEXY apontar a necessidade de institucionalização dos direitos humanos no nível nacional e internacional. A posituação dos direitos humanos conta, segundo o autor, com pelo menos três fortes argumentos: a sua implementação e garantia, a resolução de questões relativas ao conhecimento (*Erkenntnis*) desses direitos, e por uma razão de organização, vale dizer, quais as medidas e distribuição dos ônus são necessárias para a efetividade dos direitos.

e interdependência social, afetar os demais homens, que vivem e viverão. Tal constatação torna-se ainda mais contundente na chamada “era da globalização”, na qual o impacto da ação humana, em comparação ao passado, repercute com uma intensidade e alcance que passa a exigir a regulamentação jurídica em espaços cada vez mais largos, com a participação de uma pluralidade de atores que tornam as relações políticas e jurídicas complexas e visivelmente interdependentes, e, de modo paradoxal, num espaço tempo ainda mais curto.

O que se exige do Direito não é pouco. Aliás, trata-se de uma tarefa hercúlea. Vive-se num mundo marcado pela desigualdade *material* – falta de acesso, compartilhamento e fruição de bens básicos e essenciais ao homem, que vão desde condições mínimas para nutrir a sofisticados produtos tecnológicos, sem os quais a participação efetiva na sociedade mundial vê-se inviabilizada – e *humana*, devido à garantia deficitária – ou mesmo absoluta ausência – dos requisitos imprescindíveis ao desenvolvimento equilibrado e saudável da vida com o outro, a exemplo da educação, cultura, segurança, lazer, saúde e seguridade social. Ao Direito se reputa a tarefa de, ao estabelecer a igualdade entre os homens e a universalidade de seus mandamentos, que submete a todos, sem exceção, permitir que cada qual tenha condições de desfrutar de uma existência digna, o que significa a possibilidade de ter respeitados os seus *direitos humanos e fundamentais*, e, na hipótese de não o sê-lo, existir mecanismos políticos e jurídicos, para que tal situação venha a ser revertida.

Tal tarefa, conferida ao Direito, ganha ainda maior relevância tendo em vista a *crise moral* que se vive na contemporaneidade. A Modernidade foi um longo processo no qual o indivíduo se afirmou como unidade de referência do

pensar, emancipando-se de várias ordens objetivadas de valor⁴¹². Conquistou a liberdade de escolher em que acreditar, não mais se vendo obrigado a submeter-se a dogmas religiosos. Tomou para si a tarefa de escolher seu lugar na sociedade, sem vislumbrar uma organização pré-definida que deveria ocupar, passando a escolher livremente a profissão ou ofício a que se dedicaria, dentro das possibilidades que lhe são oferecidas ou que seja capaz de conquistar. Não se acredita mais em grandes narrativas ou mitos, que seriam suficientes para apontar uma razão de ser, um projeto de vida ao indivíduo. Em suas mãos foi colocada essa grande responsabilidade, de decidir e fazer as escolhas, no plano individual e

⁴¹² O diagnóstico da Modernidade apresentado por LIMA VAZ, de modo profundo e perspicaz, aponta, em primeiro lugar, uma mudança em relação à concepção de tempo, a articular as categorias de passado, presente e futuro: “Dos primeiros relógios mecânicos no século XIV aos relógios eletrônicos dos nossos dias, do tempo cósmico-sacral da primeira Idade Média ao tempo matemático-operacional das ciências e das práticas contemporâneas, assistimos ao irresistível e irreversível processo de modalização do tempo centrado no privilégio do *presente*. Tal processo provoca, aliás, uma tensão dramática entre a *regularidade* do tempo físico na precisão infinitesimal da sua medida e a *aceleração* do tempo histórico, a irrupção do *novo* na rotina do *presente*. Podemos, de resto, observar que a crise atual da modernidade, caracterizada pelo espriar-se do *niilismo*, pode ser identificada como ruptura dessa tensão, ou seja, pela perda do domínio do *presente* como instância crítica para a avaliação do tempo histórico. Daqui procede a incompreensão do *passado*, tido como peso inerte da tradição, e a recusa do *futuro*, rejeitado como indecifrável enigma. A consequência facilmente observável é o abandonar-se niilisticamente ao infinito tédio do *presente*” [LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia VII: Raízes da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 12]. Como traços desse novo *modus* (e daí *modernidade*) de compreensão do tempo, cuja regulação do universo simbólico da sociedade centra-se na *razão*, destaca-se: i) a relação de objetividade do homem com o mundo, na passagem do mundo natural ao técnico, salientado-se a precisão e a inovação tecnológica; ii) a aparição e afirmação do indivíduo no domínio das relações intersubjetivas; e iii) a imanentização da relação de transcendência, através da qual de empresta coerência ao universo simbólico, com a “abolição da sua dimensão metafísica e a emergência do existente humano como fonte do movimento de autotranscendência desdobrando-se na esfera da imanência”, LIMA VAZ, *Escritos de Filosofia VII...*, cit., p. 15-6.

coletivo⁴¹³. Desaparecem as antigas e tradicionais referências axiológicas e se o livramento dos homens dessas amarras conferem-lhes mais liberdade, por outro lado, a dificuldade de uma formação (*Bildung*) capaz de permitir que a pessoa se constitua e esteja apta a assumir tal tarefa, autonomamente, não alcança a maior parte da população. Nesse contexto, o direito, como ordem de valor objetiva, que a todos submete, assume porção significativa como instrumento a suprir tal ausência, ou seja, toma para si o compartilhamento da função de constituir a humanidade, em sua estrutura mais fundamental, que seja capaz de direcionar o agir humano, tendo em vista a sua inserção numa coletividade de semelhantes.

Concordamos, assim, com a conclusão que BROCHADO, em sua dissertação sobre a *Consciência Moral, Consciência Jurídica*, chega:

“Não se trata de crença jurídica que chega ao extremo de acreditar que leis e códigos ensinados possam resolver os problemas éticos mais profundos de uma sociedade. No entanto, se até aqui propugnamos pela existência de uma subjetividade jurídica referida a uma fonte objetiva, qual seja, a ordem de direito, o certo é que acreditamos que esta ordem pode e deve ser acessível aos seus sujeitos. Essa acessibilidade só é possível, se viabilizada em dois planos: num em que se torne crível o acesso; noutro, em que a forma do acesso e o conteúdo do acessível seja apresentado com todas as suas conseqüências para a vida em comunidade. É o que pretende alcançar um tipo de educação que englobe a face jurídica da formação ética”⁴¹⁴.

⁴¹³ V. COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Direito, Filosofia e a Humanidade como Tarefa*. São Paulo, 2009 (Tese de Livre Docência apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

⁴¹⁴ Aponta, ainda, a autora, a educação jurídica como passo fundamental para a maior efetividade dos direitos humanos e fundamentais: “Para que seja possível o desenvolvimento da consciência jurídica no sentido em que foi explicado acima, é necessário o resgate da educação moral acompanhada de uma educação jurídica. Num mundo onde os direitos humanos se transformaram numa categoria tão referida, não é possível omitir que estamos vivendo um período histórico onde o discurso ético engloba

Se os direitos *humanos e fundamentais* são o núcleo do Direito, e assumem missão de tamanha envergadura, torna-se imprescindível compreender exatamente o seu significado. Não é possível estabelecer um rol taxativo dos direitos humanos e fundamentais, apontando-os definitivamente, primeiro porque são dinâmicos, surgindo conforme as necessidades históricas – e se auto implicando, uns aos outros, para que tenham eficácia. A famosa – e controvertida⁴¹⁵ – tese de geração de direitos, de KAREL VASEK, que vê o florescer dos chamados direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, cada qual

efetivamente o jurídico. Vivemos num mundo jurídico. Daí a importância dos indivíduos aprenderem a dignidade da reivindicação. Aprender o direito é aprender como exigir. Além da necessidade do aprendizado das virtudes, inclusive da justiça, que é a virtude da proporção entre os homens⁴¹⁴, para que seja possível a formação da identidade ética de cada indivíduo, é patente a necessidade de aprendizado do direito, não na forma que se apresenta ao jurista, não como ciência, mas como realidade social que, no decorrer da história dos grupos sociais sempre foi elemento presente na edificação e consolidação do *ethos*”, BROCHADO, Mariah. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 172-3.

⁴¹⁵ A tese das gerações de direito pode parecer implicar uma separação estanque entre cada uma das gerações, o que vai de encontro à reconhecida indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e fundamentais, sendo, como demonstrado, extremamente complicado uma separação e categorização. Além disso, no plano internacional, os direitos sociais aparecem antes, garantidos em instrumentos reconhecidos, ainda no século XIX. Assim, concordamos com o afirmado por HORTA: “As três gerações, como os três momentos do Estado de Direito, se somam, negando-se, conservando-se e elevando-se no curso da história. Constitui-se um núcleo de direitos fundamentais, no qual as gerações vão funcionando como camadas. Em imagem, pensemos núcleo gira em alta velocidade em torno de seu centro e ao girar em alta velocidade em torno de seu centro ele provoca dois fenômenos: o primeiro fenômeno da força centrípeta é que atrai novos direitos todo o tempo, ampliando o elenco de direitos fundamentais. A segunda característica é que as camadas vão se amalgamando, de uma forma que já não se pode mais separá-las. Assim, as três camadas de Direitos Fundamentais, e não apenas uma, é que são protegidas pela extrema rigidez constitucional brasileira (art. 60, § 4º, IV)”, HORTA, *História do Estado de Direito*, cit., p. 202.

correspondendo a uma geração, da primeira a terceira⁴¹⁶, atrelados ao surgimento respectivamente do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, serviu de inspiração a uma tentativa de sistematização. Hoje, porém, com novas reivindicações e pressões sociais, fala-se em direitos também de quarta e quinta geração⁴¹⁷. A vasta gama de pretensões jurídicas abarcadas por esses direitos são justificados como condição *sine quae non* para a garantia da dignidade humana, e, por isso, não só um mínimo ético, como defendeu JELLINEK, na passagem do século XIX para o XX, mas um máximo ético, conforme a proposta de SALGADO⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Os direitos humanos e fundamentais de primeira geração seriam os “direitos de liberdade, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”; os de segunda geração, “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”; e, os de terceira, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta [...] a teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos de fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação”, BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 562-4; 569.

⁴¹⁷ Considerando a globalização, não em seu aspecto neoliberal nefasto, mas na possibilidade de se universalizarem os direitos humanos e fundamentais, BONAVIDES defende a quarta geração de direitos fundamentais: “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”, BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 571.

⁴¹⁸ SALGADO, *A Idéia de Justiça no mundo contemporâneo...*, cit.

O reconhecimento dos *direitos fundamentais e humanos* como o alfa e o ômega do sistema jurídico – vale dizer, a sua base, fundamento e razão de existência – implica logicamente a superioridade dessas normas dentro da organização do sistema normativo. Num primeira análise, poderia se afirmar que gozam de prevalência sobre as demais regras jurídicas, o que estabeleceria a primazia dos Direitos Fundamentais sobre qualquer outro direito que lhe contrarie⁴¹⁹. Nada obstante, observando a maneira segundo a qual o sistema jurídico é construído, bem como a estrutura lógica das normas tal qual se desenvolveram na atualidade – aceita-se a divisão em *princípios e regras*, ambas as categorias com força normativa – percebe-se que antes de funcionarem simplesmente como meras regras de hierarquia superior dentro do sistema, todo o sistema jurídico deve ser entendido e interpretado como expressão dessas normas básicas, tendo em vista a finalidade de realizar, de modo mais determinado, e, logo, particular, uma das *possibilidades* de concreção que essas normas exigem.

O Direito apresenta-se ao homem como herança histórica – e com isso quer-se afirmar não só a transmissão de normas, mas, sobretudo, da própria cultura, racionalidade e tradição jurídica, de elementos axiodeontológicos – cuja legitimidade, validade e eficácia não exigem a prévia aceitação de um indivíduo ou grupo particular, isto é, ele vale, independentemente da vontade de a ele se sujeitar. Essa legitimidade, outrossim, é garantida pela possibilidade, aceitas determinadas condições e limites, de participação política do cidadão na tomada de decisão, sobretudo, mas não só, através do direito de voto e da garantia da oportunidade de se candidatar aos postos de deliberação e direção política. A uma gama heterogênea de regimes políticos que salvaguardam esse participar, segundo

⁴¹⁹ Assim, aliás, são tratados tecnicamente os Direitos Fundamentais pela teoria jurídica. A relação dialética interna ao sistema, porém, exige que as demais normas que se “subordinam” às primeiras, sejam, na verdade, expressão daquelas.

as suas respectivas particularidades, do cidadão na decisão sobre a coisa pública, a política e o direito, denomina-se democracia. A existência real do direito de participação política foi alçada à categoria de direito humano e fundamental, que em seu escopo busca garantir a decisão da maioria com o devido respeito aos demais direitos humanos e fundamentais das minorias⁴²⁰. Tal assunção do princípio democrático como direito humano e fundamental garante, ainda, a própria manutenção da legitimidade da ordem jurídica devido ao seu caráter ético, na medida em que exige a constante abertura para mudanças no ordenamento jurídico.

PINTO COELHO, retomando a idéia de invariantes axiológicas de REALE, nos fala dos direitos humanos e fundamentais como *invariantes principiológicas* do direito, que assumem uma função na curta duração história e outra na de longa. Em relação à primeira,

“os Direitos Humano-Fundamentais funcionam como modelo vinculativo do ordenamento jurídico e das tomadas de decisão no plano da ordem constituída. Convergem liberdade e ordenação na forma de direitos exigíveis e oponíveis que são um, a priori, ou seja, uma condição de possibilidade, para todas as demais tomadas de decisão no sistema jurídico posto. Já nesse plano de curta duração

⁴²⁰ Além disso, costuma-se argumentar sobre a interdependência entre direitos humanos e fundamentais e a democracia. O tema é amplo, complexo, e certamente foge do escopo deste trabalho. Inquestionavelmente, esta interdependência existe, o que já era salientado por Kant, em sua Paz Perpétua, ao estabelecer que a capacidade de se evitar a guerra caminha *pari passu* com existência de Repúblicas livres, que, pela própria consciência e vontade de seus cidadãos livres, evitarão a guerra, pois são os maiores prejudicados. Tratar-se-ia até mesmo de uma contradição em termos, já que o direito de participação política é direito humano-fundamental. Vale ressaltar, entretanto, que o direito de participação política não se confunde com democracia, alias, conceito este de dispersão semântica imensa, posto que, apesar de guerras serem feitas em seu nome, não há, no plano internacional, instrumento normativo que a garanta.

assumem a funcionalidade de estabilização das conquistas reconhecidas.⁴²¹”

Já na longa duração,

“os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, são um ponto de chegada provisório, um *a posteriori*, um resultado, ainda aberto, da experiência social da qual decorre sua significação e reconhecimento. Nesse plano, em sociedades democráticas, é correto considerar que os Direitos Fundamentais devem ser permeados pela procedimentalidade e o diálogo social, podendo sofrer, por meio dessa procedimentalidade, transformações e re-significações. A função deles, nesse plano de longa duração, é simbolizar a movimentação social que vai dos anseios às conquistas”⁴²².

Os direitos humanos e fundamentais constituíram-se como elemento discursivo inafastável para a justificação das normas jurídicas, na dimensão do direito privado à garantia da autonomia individual, e, na do direito público, ao tratamento adequado da *res publicae*, do bem comum, da gestão dos recursos socialmente compartilháveis, das decisões elementares da constituição da vida política e social de um grupo, cuja forma mais afinada com tal desiderato – de garantir a dignidade humana, em todas as suas dimensões – aparece como Estado Democrático de Direito.

3.4. Direitos Humanos e Fundamentais: A emergência de um novo *mythos*?

Como afirmamos, no início do subcapítulo anterior, a tarefa que se espera do direito não é de pouca monta. Salientamos, até o presente momento, o desenvolvimento lógico, do ponto de vista dialético – através das vicissitudes, continuidade e descontinuidades históricas, mas a exigir a supressão dos momentos anteriores e elevar a pretensão de organizar a vida humana tendo a

⁴²¹ PINTO COELHO, Reconhecimento, Experiência e Historicidade..., cit., in: *op. cit.*, p. 16

⁴²² PINTO COELHO, Reconhecimento, Experiência e Historicidade..., cit., in: *op. cit.*, p. 16

razão universal como *regula maxima*, e, assim, buscando recuperar a natureza constitutiva comum dos direitos humanos e fundamentais como expressão imanente dessa razão no mundo contemporâneo – e, também, na perspectiva analítica, ao alienar elementos e características que distinguem esses direitos dos demais. Isso, contudo, não nos parece ser bastante, pois há, ainda, uma dimensão quiçá mais profunda, que se constitui não à claridade da razão, mas no emergir de forças subterrâneas que impregnam o horizonte de compreensão da humanidade, e das quais dificilmente se pode escapar, com características que se assemelham às grandes narrativas, ou seja, aos mitos.

Ao lado da dimensão racional dos direitos humanos e fundamentais, tamanha crença nas possibilidades dessa idéia parece paradoxal numa Modernidade que perdeu seus grandes referenciais, que, desde o fim do embate entre capitalismo e comunismo, parece não mais crer em grandes histórias, ideologias ou narrativas, emergindo o poder das tecnociências⁴²³.

Como responder, em nosso tempo, perguntas viscerais, como o que devemos fazer, e qual deve ser o projeto da humanidade, uma vez que os Estados, antes mais ou menos fechados em si, agora comungam de um destino comum, numa interação cuja pujança seria inimaginável há meros 60 anos?

E, nesse vazio simbólico estrutural, ou, ainda, numa multiplicidade de narrativas regionalizadas e desconexas, que não conseguem encontrar a unidade no múltiplo, emerge a faceta mitológica dos direitos humanos e fundamentais, pela primeira vez, como elemento unificador de uma grande narrativa, que ainda está sendo escrita – todos recorrem às idéias de direitos humanos e fundamentais para se legitimar, tanto os ocidentais, em cujo seio nasceu essa idéia, mas, hoje,

⁴²³ V. LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia VII: Raízes da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 2002.

também os orientais, os africanos etc. A razão é incapaz de apresentar as garantias que o ser-humano busca, como a possibilidade de um futuro promissor, a real e efetiva melhora no mundo por um cogitado aumento de racionalidade e educação. Afinal, os resultados dos processos de criação e efetivação das idéias são absolutamente imprevisíveis, tendo em vista a sua natureza dialética, e, assim, noções como um igualitarismo podem justificar *Gulags*; a idéia de melhoramento do ser-humano, sociedades autoritárias e exclusivistas, como o nazismo o foi; e os direitos humanos podem justificar toda sorte de guerras, escamoteando interesses dos mais vis e espúrios, ou, ainda, oprimir o diferente. Aliás, os processos cognitivos, sejam analíticos ou dialéticos, em razão do tempo necessário para que cumpram as exigências metodológicas, científicas e filosóficas, aptas a conferir alguma segurança ao conhecimento, vem a reboque da realidade, ou seja, as análises e compreensões que podem revelar o caráter retórico-dissimulador do emprego de idéias como os direitos humanos e fundamentais podem desmentir o passado, mas possuem reais dificuldades de controlar o futuro, que parece sempre escapar, como areia entre os dedos. Por isso, DEPENHEUER afirma que o mito não pode ser “desencantado” racionalmente, e, para cumprir a sua função, não pode ser compreendido como verdade num sentido científico: não é ele uma imagem (*Abbild*) da realidade (*Wirklichkeit*), mas sim interpreta a realidade na forma de uma narrativa, como possibilidade de pensamento, sem ser falso ou verdadeiro, e, assim, ou possui uma força vital de convencimento ou simplesmente não existe⁴²⁴.

Chega-se ao paradoxo da constatação de que, quanto mais o homem *sabe*, menos *compreende*, pois os elementos doadores de sentido à realidade são eliminados, e um *telos* da história aparece como absurdo: resta o homem o

⁴²⁴ DEPENHEUER, Die Kraft des Mythos und die Rationalität des Rechts... cit., in: *op. cit.*, p. 9.

aterrador niilismo de ser um ser para a morte (*zum Tod zu Sein*)⁴²⁵. O perigo do entendimento, razão analítica e *ab-strata* (ou seja, separada do estrato), está tanto na formulação das idéias universais quanto na sua própria desconstrução. As instituições pré-modernas foram todas convertidas tendo por base um mundo secularizado, individualista e racionalista, e corre-se o risco de deixar se confundir a contingencialidade empírica com a efetividade, que se manifesta no empírico. A razão abstrata é capaz de deslegitimar a efetividade e a contingencialidade, mesclando-os e submetendo-os às suas formas pré-determinadas, num projeto em que todas as tramas sociais – instituições, organizações e unidades sociais, nas quais o homem é lançado, devem desvanecer sistematicamente, para que a liberdade e a igualdade de todos os homens possa ser postulada⁴²⁶ – essa é a exigência de direitos humanos e fundamentais entendidos de modo homogêneo⁴²⁷, e, assim, autoritário.

DEPENHEUER, em análise crítica, além de salientar o poder desencadeador de inovação, flexibilidade, publicidade, abertura e curiosidade que a compreensão de mundo moderna possui, a potencializar e possibilitar, de modo único, as invenções e descobertas da humanidade, não deixa de salientar o lado negativo e desconstrutivo da razão, que acaba reduzindo o homem ao indivíduo, à

⁴²⁵ DEPENHEUER, Otto. Auf der Suche nach dem erzählten Staat: Überlegungen zur narrativen Fundierung Staaten. In: DEPENHEUER, Otto (Org.). *Erzählung vom Staat: Ideen als Grundlage von Staatlichkeit*. Wiesbaden: Vs, 2011, p. 8.

⁴²⁶ DEPENHEUER, Otto. Menschenrechtliche Universalität in kultureller Pluralität. In: *Festschrift für Ali Ülkü Azrak*. Istanbul: [s.n], 2008, p. 89.

⁴²⁷ Sobre a relação entre democracia, mutabilidade do direito, homogeneidade e soberania, vale destacar a possibilidade de autocompreensão destes conceitos como compatíveis entre si, na medida em que o conceito de democracia adotado não resvale no radicalismo, como a possibilidade de se instituir qualquer regra, desde que conforme o procedimento preestabelecido. A esse respeito, v. GRAWERT, Rolf. Homogenität, Identität, Souveränität: Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik. *Der Staat*, n. 51, 2, Baden-Baden: Nomos, pp. 189-213, 2012.

sua “humanidade” nua e crua, porém abstratamente, desconsiderando a historicidade e as construções sociais que o cercam. A desconstrução da racionalidade moderna busca submeter todas as categorias sociais ao seu “tribunal da razão”, diante do qual se deve fazer a prova da legitimidade de sua existência – e perante o qual tudo deve ser racionalmente reconstruído e, dessa forma, pode-se tornar legítimo. Como consequência, as cisões que ocorreram ao longo da modernidade foram extremamente impactantes, abrangentes e velozes: a unidade do cristianismo se esfacelou na Reforma; a monarquia, na democracia; a das corporações de ofício, no indivíduo burguês; e, como examinaremos nos próximos capítulos, da unidade da soberania estatal cede lugar à supremacia dos direitos humanos e fundamentais. A razão abstrata “modulariza” a vida moderna, destrói e reconstrói todos os seus espaços: de Deus, à crença nos direitos humanos; do direito natural ao direito positivo, sempre e a qualquer tempo mutável; da verdade das crenças à verdade da paz; da fé à razão, e do mito à racionalidade; da verdade a decisão da maioria; do Estado – e do casamento – ao contrato; até mesmo a família, entidade nuclear e natural, é entendida modularizadamente⁴²⁸.

A crise que a modernidade tardia lança o homem é compartilhada por SUPIOT, quem afirma que as tecnociências vêm levando o homem à total emancipação, através de sua decomposição absoluta, pois “o procedimento científico postula o esquecimento das crenças que o tornaram possível, assim como, aliás, o esquecimento de sua própria história”, e “os princípios de igualdade e de liberdade individual podem, de fato, servir para justificar a abolição de toda diferença e de todo limite, ou seja, ser objeto de loucas interpretações”⁴²⁹. Dentre elas, o autor cita a abolição da diferença dos sexos, a desinstituição da

⁴²⁸ DEPENHEUER, Menschenrechtliche Universalität in kultureller Pluralität, cit., in: *op. cit.*, p. 90-1.

⁴²⁹ SUPIOT, *Homo Juridicus...*, cit., p. 35; 46-7.

maternidade, e até menciona a criança como a “pior inimiga das mulheres” – referindo-se provavelmente ao aborto – ao desmantelamento do estatuto específico das crianças – estabelecendo um paralelo entre a perda de autonomia das mulheres como “sexo frágil” e as crianças “tuteladas”, ambas as minorias oprimidas; mas as crianças, em verdade, são tratadas como mini-adultos, tendo inúmeros direitos e deveres, a exemplo dos declarados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, exceto o de ser criança – ou, ainda, a substituição da filiação pelo contrato e o direito de ser louco⁴³⁰.

Tal perda de sentido só foi até hoje tolerada enquanto se busca uma nova narrativa, e o *logos* esbarra na imprescindibilidade do mito, que consegue doar sentido à história – ainda que este seja o mito da razão – afinal, os homens e povos buscam coerência e sentido para a vida, a organizar a contingencialidade da vida num todo ordenado⁴³¹.

Como já brevemente tratado no Capítulo 2, dentre as funções do mito encontra-se a de explicar o mundo, o devir, e responder à indagação: o que devemos fazer? O mito supri o medo da contingência, comprime passado e presente numa narrativa que reduz a complexidade, do mundo e do homem, e lhe

⁴³⁰ O grande problema de tais promessas da modernidade, que busca romper com todas as determinidades, sociais e biológicas, é que apenas uma pequena minoria, que pode se beneficiar dos avanços da Ciência, usufruirá, e assim, poderá ser “artífice de si mesma”, restando aos excluídos uma semi-liberdade, que conduz a uma sub-humanidade, pois incondicionalmente determinada. V. SUPLOT, *Homo Juridicus...*, cit., p. 47-8.

⁴³¹ DEPENHEUER, *Auf der Suche nach dem erzählten Staat: Überlegungen zur narrativen Fundierung moderner Staaten*, cit., in: *op. cit.*, p. 7-8. Além disso, argumenta criticamente DEPENHEUER que o mito da razão aparece como a superioridade (*Hochstrangigkeit*) e unicidade (*Einzigartigkeit*) do homem, da força da liberdade e da razão, da habilidade de manter um mundo autônomo, racional, e efetuar o progresso, promover a igualdade de todos os homens, estabelecer universalmente a democracia e através do Estado de Direito, alcançar a “paz eterna”, DEPENHEUER, *Auf der Suche nach dem erzählten Staat: Überlegungen zur narrativen Fundierung Staaten*, cit., in: *op. cit.*, p. 10.

permite superar a falta de sentido de orientação (*Orientierungslosigkeit*), construindo-se uma totalidade apreensível, tornando alternativas invisíveis⁴³².

De um lado, as tecnociências ao buscarem assumir esse papel de nova forma de grande narrativa⁴³³, ao tomar para si, com exclusividade, a totalidade das explicações do mundo e do homem, esbarram, pela própria tessitura e trama de seu *modus narrandi*, em graves dificuldades. Do outro, a partir do ponto de vista ético-político, os direitos humanos e fundamentais constituem *topos* argumentativo inafastável de qualquer pretensão de legitimação⁴³⁴. Indaga-se... qual alternativa nos resta senão a Ciência e os direitos humanos e fundamentais? Aceitar o puro *homo homini lupus*, a crua *realpolitik*, e os ideais que movem a humanidade como utopias, ideologias, que apenas reforçam as relações de poder e o *status quo*? O dilema que se coloca ao ocidente não pode ser contornado: não se deseja ser particular, mas não se consegue ser universal⁴³⁵.

⁴³² DEPENHEUER, Die Kraft des Mythos und die Rationalität des Rechts... cit., in: *op. cit.*, p. 7.

⁴³³ DEPENHEUER, Auf der Suche nach dem erzählten Staat: Überlegungen zur narrativen Fundierung moderner Staaten, *cit.*, in: *op. cit.*, p. 7-8.

⁴³⁴ É certo que há resistência ao discurso dos direitos humanos, mas a política oficial, no âmbito da representação dos países, é consensual o reconhecimento de sua validade. Como será examinado adiante, as Nações Unidas flexibilizaram a última blindagem dos Estados, constituída pelos tradicionais princípios da não-intervenção e soberania estatal, na hipótese de graves violações de direitos humanos, o que demonstra a efetividade que tais direitos tem assumido.

⁴³⁵ Tal problema é colocado diante do Estado, que não se contenta em ser meramente *nacional*, mas não consegue ser universal – face à política imigratória de qualquer Estado no mundo, e diante dos descalabros de outros Estados falidos, tomados por guerras intestinas, a população destes países fica à mingua de qualquer proteção, e qualquer universalidade proclamada dos direitos humanos e fundamentais perde muito de sua força de convencimento, *v.* DEPENHEUER, Auf der Suche nach dem erzählten Staat: Überlegungen zur narrativen Fundierung Staaten, *cit.*, in: *op. cit.*, p. 17.

A característica da Modernidade, como salientamos, é a centralidade da razão, que, em sua vertente iluminista mais radical, jacobina⁴³⁶, busca substituir todas as narrativas por explicações, a metafísica pela comprovação empírica, e o que não se encaixa nos parâmetros apreensíveis pelos seus métodos, taxa-se-os de “irracional”. Porém, o pensamento científico não é capaz de entender a “verdade” do mito, que, irracional ou não, desejável ou não, produz não pouco efeitos, e demonstra a fronteira e limite da razão analítica⁴³⁷. Tão poderoso quanto a descoberta da energia elétrica, a invenção do avião ou do computador são os mitos que movem às civilizações, como os mitos platônicos, as profecias de Mohamed ou a vinda e ressurreição do cristo. Aliás, a força do mito é tão extraordinária que, no auge da Revolução Francesa, os grandes iluministas, conhecidos como “herbertistas”, ao se colocarem contra o mito cristão, por tudo que a Igreja representava à época, resolveram por substituí-lo, e erigiram um culto à verdadeira deusa a que os iluministas adoravam em seu ato de fé: a Razão.

O mito, assim, é um desafio ao *logos*, mas não pode mais o racionalismo simplesmente ignorá-lo, pois é efetividade, e cabe a ele, então, assegurar os seus efeitos desejados, represando aquilo que pode ser considerado implicações perigosas e destrutivas⁴³⁸. No caso específicos dos direitos humanos e fundamentais, trata-se de dar efetividade a esses direitos, criando mecanismos que

⁴³⁶ “A modernidade é uma fábrica muito fértil de mitologias, e isso porque, uma vez liberada a consciência coletiva das solidíssimas fundações metafísicas de antes e estando axilada a Igreja Romana a contar suas fábulas nos ambientes fechados dos seus templos, o mundoo sócio-jurídico ficava sem apoio e suporte, ou seja, encontrava-se imerso em uma espécie de vazío e de conseqüente solidão, com o risco da perda de todo o controle social”, GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

⁴³⁷ DEPENHEUER, Die Kraft des Mythos und die Rationalität des Rechts... cit., in: *op. cit.*, p. 11.

⁴³⁸ DEPENHEUER, Die Kraft des Mythos und die Rationalität des Rechts... cit., in: *op. cit.*, p. 12.

os proteja da utilização perniciosa, o que teria como efeito – catastrófico, aliás – a sua nulificação como narrativa capaz de fornecer um rumo belíssimo à humanidade. Evidentemente, a adoção de uma narrativa que seja adotada por todo o globo terrestre, na figura dos direitos humanos, é ainda incipiente, apesar de seu amplo reconhecimento. Mas, como foi salientado, o mito apresenta-se como um passado comprimido, e se isso se adequa ao caso dos direitos humanos e fundamentais no ocidente, resta ainda aos não-ocidentais recepcionarem ainda de modo mais intenso e coerente o papel que pode ser reservado a esse mito, se é que, de fato, será assim assumido, vez que não se trata de um processo puramente volitivo ou racional.

Os direitos humanos e fundamentais, criação europeia e atual *raison d'Etat*, são, numa perspectiva *negativa*⁴³⁹, a nova doutrina de exportação do ocidente, e os não-convertidos e hereges tornam-se os demônios a serem esconjurados, o eixo do mal contra o qual a cruzada pós-moderna aponta a suas armas. É preciso alertar para esse ensimesmar-se, que, contraditoriamente, fecha-se para a alteridade. O problema dessa miopia pode ser ainda mais amplo, como

⁴³⁹ A dimensão desse mesmo fenômeno, ao nível constitucional, é identificado por DEPENHEUER, tendo em vista o chamado *patriotismo constitucional*. Segundo o autor, dentre os elementos mitológicos que se fundem à idéia de Estado, pode-se destacar a constituição como o início absoluto de uma nova ordem, como se fora uma revelação bíblica secularizada, respondendo à questão do início – e, no caso brasileiro, sequer postulando uma possibilidade de sua substituição, o que não ocorre no caso alemão, cf. o art. 146 da Lei Fundamental – da tarefa dos homens e da finalidade daquela comunidade; é “adorada” pelos sacerdotes contra qualquer “tentação” e “dúvida” do questionamento, defendida dos inimigos como absoluto; torna-se, por fim, o absoluto, que pretende regular todos os aspectos da vida humana, a revelar-se não apenas como uma constante expansão hegemonia constitucional, mas igualmente como um crescente autismo constitucional, culto à última decisão dos seus arcebispos, a tornar sacrilégio qualquer contradição na ordem constitucional, DEPENHEUER, *Die Kraft des Mythos und die Rationalität des Rechts... cit., in: op. cit., p. 21-3.*

alerta RAMOS, abrangendo, na verdade, todo o fenômeno jurídico, e a cultura mesma:

“o próprio Ocidente tem dificuldades em perceber que a pretensão universalista a partir da qual fundou seus pressupostos intelectuais e seus produtos culturais, dentre os quais se inclui o Direito, e tao peculiar ao seu contexto civilizacional quanto o é a experiência normativa da China ou de outras culturas, produzidas a partir de perspectivas próprias, igualmente singulares”⁴⁴⁰.

É preciso atentar para o poder dessa nova forma de narrativa que se constitui na modernidade, em que direitos humanos e fundamentais são colocados lado a lado com o potencial das Ciências. Se uma nova narrativa e um mito ocidental se constituirá, ou, ainda, será compartilhado para além de suas bordas, é uma pergunta que só o futuro, quando convertido em história, poderá responder. Não se pode olvidar que tal força é dialética, e já apresenta e apresentará elementos destrutivos, o *negativo*, mas igualmente construtivos, a forjar uma nova forma de convivência social e, quiçá, uma nova civilização.

⁴⁴⁰ RAMOS, Marcelo Maciel. *A invenção do Direito pelo Ocidente: Uma Investigação face à Experiência Normativa da China*. Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito, 2011 (Tese de Doutorado em Direito), p. 2. Ainda, continuando o diagnóstico sobre o risco de não perceber a si próprio – o que, evidentemente, pressupõe o encontro com o outro, com o diferente – afirma o autor: “o problema está em perceber que, embora as categorias e valores ocidentais tenham se estabelecido sob uma genuína pretensão de universalidade, tal pretensão é tão estranha a outras culturas, quanto o é o Direito. Desse modo, o caráter singular e original dessa experiência normativa universalista do Ocidente é normalmente negligenciado pelo olhar ocidental, que tende a projetar nas realizações de outros povos suas próprias categorias, lendo-as à luz de suas expectativas racionais. Com isso, forjam-se correspondentes culturais onde não há e o Direito passa a ser identificado com formulações éticas que se baseiam em princípios muitas vezes a ele incompatíveis”, RAMOS, *A invenção do Direito pelo Ocidente...*, cit., p. 2-3.

PARTE II

DAS BARREIRAS À

UNIVERSALIDADE PROCLAMADA

A SUA SUPERAÇÃO

4. A SOBERANIA ESTATAL COMO LIBERDADE: DO PODER ABSOLUTO E PERPÉTUO AO RECONHECIMENTO INTERESTATAL DA LIBERDADE CONCRETA

4.1. SOBERANIA COMO PODER ABSOLUTO E PERPÉTUO: PAZ DE WESTFÁLIA E O LEGADO INAUGURAL DO CONCEITO DE SOBERANIA POR BODIN

A primeira definição *jurídica* de soberania⁴⁴¹ apareceu na obra *Os seis livros sobre a República*, de JEAN BODIN⁴⁴². O termo, entretanto, já fora utilizado anteriormente, principalmente na Idade Média – inclusive acompanhado do predicativo, soberania popular, por MARSÍLIO DE PÁDUA⁴⁴³ – e, outrossim, pode-se encontrar variações no vocabulário que expressam, de forma semelhante, o conceito referido. É traduzido como *soberania*, por exemplo, termos como *princeps*, *principatus*, *imperium*, *majestas*, *suprema potestas* ou *ἀρχα ἐξουσία* no Direito Romano e na Grécia⁴⁴⁴. Nada obstante, sua utilização no contexto dos Estados Modernos – já no séc. XVI – e, especificamente, como conceito jurídico no âmbito

⁴⁴¹ Interessante a relação entre o significado de *imperium*, vocábulo existente antes da formação dos Estados nacionais mais próximo à idéia de soberania, gestada no seio de Roma, v. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Elementos para um conceito jurídico de império*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2007 (Tese de Doutorado em Direito), p. 13 *et seq*, disponível em <repositorio.unb.br/bitstream/10482/.../Tese_RonaldoRebelloBPOletti.pdf>, consultada em 04 de dezembro de 2013; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Soberania e Império na Ordem Jurídica Internacional, *Notícia do Direito Brasileiro*, n. 11, Brasília, jan-jun, 2005.

⁴⁴² BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*. Paris: Jacques du Puis, 1583.

⁴⁴³ V. CAPDEVILLA, Nestor. Empire et souveraineté populaire chez Marsile de Padoue. *Astérion*, [s/l], ENS, n. 7, 2010, disponível em <<http://asterion.revues.org/1666>>, consultado em 15 de outubro de 2012; MAGALHAES, Juliana Neuenschwander. *História Semântica do conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2000 (Tese de doutorado em Direito).

⁴⁴⁴ MARITAIN, Jacques. The Concept of Sovereignty. *The American Political Science Review*, [s/l], American Political Science Association, v. 44, n. 2, Jun., 1950, p. 344, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1950275>>, consultado em 17 de janeiro de 2013.

de uma Teoria do Estado, é a novidade inaugurada por BODIN, especificamente no capítulo oitavo do livro citado⁴⁴⁵.

BODIN tem em mira, com seu escrito, apresentar uma teoria efetiva à resolução do grave problema que afligia a França, seu país de origem, considerada dentro do contexto europeu, a saber, os sangrentos conflitos religiosos que se originaram a partir da reforma, opondo visceralmente católicos e protestantes, cada qual imbuído do espírito de implementar, no plano político, a sua respectiva verdade. Sintomático é, assim, que a obra que imortalizou o seu criador foi publicada apenas quatro depois do famoso Massacre de São Bartolomeu⁴⁴⁶. Para tanto, foi necessário a inovação teórica com a ordem anterior – tanto em relação a ordem feudal da Idade Média como também com os reinos pós-feudais que surgiam⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ BODIN, *Les Six Livres de la Republique*, cit., p. 122 et seq.

⁴⁴⁶ DE SMET, François. *Le mythe de la souveraineté: Du Corps au Contrat social*. Bruxelles: EME, 2011, p. 35-6, “Bodin entend résolument se lancer dans une quête de détermination de la République qui soit effective et pratique, se distinguant dès le départ des schémas d’une République ‘idéale’ ou utopique développés par un Platon ou un Thomas More; il s’inscrit dans un courant, porté également par Machiavel, où l’empirique et le principe de réalité prennent le pas sur les schèmes idéaux, et où l’on entend partir de la réalité du monde vécu”.

⁴⁴⁷ Em sua Tese, que analisa a partir da teoria dos sistemas de LUHMANN, MAGALHAES limita o objetivo da teoria da soberania de BODIN à resposta ao problema “da fundação e da emancipação da política em face do papado, da fundação da indiferença relativa de direito e política e, por último, da fundação da unidade da sua diferença”. Mais adiante, afirma que “claramente, o que Bodin pretendia era afirmar a necessidade da unidade do poder estatal diante daquele pluralismo de ordenamentos característicos da ordem medieval”, MAGALHAES, *História Semântica do conceito de soberania...*, cit., p. 77-8. A tensão religiosa vivida entre católicos e protestantes, especialmente na França, é de fundamental importância para a compreensão e contextualização da teoria de BODIN. A esse respeito, v. também RISCAL, Sandra. *O conceito de soberania em Jean Bodin : um estudo do desenvolvimento das idéias da administração pública, governo e Estado no século XVI*. Campinas: UNICAMP, 2001 (Tese de Doutorado).

À famosa definição de *soberania – poder absoluto e perpétuo de uma república*⁴⁴⁸ – com a qual BODIN abre o capítulo que leva exatamente o título “da Soberania”, segue uma longa descrição e detalhamento do que significa tanto *absoluto* quanto *perpétuo*, pois segundo o autor, não houvera, até o momento, nem jurisconsulto nem filósofo que o definira⁴⁴⁹. O conceito de soberania como poder perpétuo e absoluto não pode ser desacoplado da idéia de “república bem ordenada”, estruturada por BODIN como o “o governo direito de várias famílias, e daquilo que lhes é comum, com poder soberano”⁴⁵⁰. Consequentemente, a República deve ser constituída de três elementos centrais, a saber, as famílias – fundamento de qualquer república⁴⁵¹ – objetos comuns que justifique o seu vínculo – a coisa pública em si, como as ruas, as muralhas, o tesouro público, os costumes, a justiça etc. – e o poder soberano, na forma de sua inteira submissão a uma mesma autoridade soberana. Cabe aqui ressaltar que não são semelhanças – sejam estas naturais ou espirituais – que formam o vínculo entre as famílias, mas a sua submissão⁴⁵², sem o que a paz não encontraria fundamento seguro.

Por serem as famílias a base que formam a República, será constante as referencias de BODIN às características da autoridade familiar e a homologia desta com a autoridade que assumirá, de fato, o poder soberano. A consequência desse paralelo, segundo DE SMET, é que a autoridade última de Deus, única sob a qual o soberano se encontra, será mediatizada na figura do pai, que, paradoxalmente,

⁴⁴⁸ BODIN, *Les Six Livres de la Republique, cit.*, p. 122, no original: “La Souvveraineté est la puissance absoluë & perpetuelle d’une Republique”.

⁴⁴⁹ BODIN, *Les Six Livres de la Republique, cit.*, p. 122.

⁴⁵⁰ BODIN, *Les Six Livres de la Republique, cit.*, p. 122, no original: “Republique est un droit gouvernement de plusieurs familles, & de ce qui leur est comum, avec puissance souveraine”.

⁴⁵¹ BODIN, *Les Six Livres de la Republique, cit.*, p. 1.

⁴⁵² BODIN, *Les Six Livres de la Republique, cit.*, p. 12-3.

acaba dessacralizando a figura da autoridade, dando-lhe consistência e distância, mas também contornos humanos: consistência porque da mesma maneira que o pai é necessário ao bom funcionamento da família, será também o soberano essencial ao bom funcionamento da República⁴⁵³.

O caráter *absoluto* da soberania implica que esse poder não aceita ser condicionado, nem tampouco derivado. Esse é um marco fundamental à formação dos Estados, que será melhor formulado quando a Europa se encontrar num processo de secularização mais aprofundado, mas que apresenta aqui seu embrião: *soberano será o príncipe, e, depois, o Estado, e não mais Deus*. Sendo poder exercido por homens, entretanto, em BODIN, ainda estará submetido às normas naturais e de Deus, e o príncipe que as desobedece está cometendo crime de lesa majestade divina, fazendo guerra a Deus⁴⁵⁴.

A soberania é *perpétua* porque se distingue de todos aqueles que possuem o poder temporário, como os magistrados e demais cargos que exerçam por mandato ou delegação o poder. A característica de perpetuidade não é definida precisamente – e, assim, BODIN enumerará as marcas da soberania no capítulo X – ligando-se tal noção não ao caráter de eternidade, mas, primeiro, a um poder que se distingue por não aceitar a submissão a qualquer limitação temporal, e, segundo, por ser a soberania *em-si* perpétua, distinguindo-se da autoridade que exerce o poder soberano. Ademais, a falta de clareza conceitual esconde o grave problema da fundação da soberania, apesar do filósofo reconhecer o caráter violento da gênese das Repúblicas⁴⁵⁵. A idéia de continuidade do Estado liga-se às

⁴⁵³ DE SMET, *Le mythe de la souveraineté...*, cit., p. 41.

⁴⁵⁴ BODIN, *Les Six Livres de la Republique*, cit., p. 133.

⁴⁵⁵ SHEPARD, Max Adams. Sovereignty at the Crossroads: A Study of Bodin. *Political Science Quarterly*, [s/l], The Academy of Political Sciences, v. 45, b. 4, pp. 580-603, Dec.,

tradições jurídicas medievais, que afirmavam a continuidade do poder real. Ora, o rei representa e corporifica o reino, mas este não morre com o seu corpo físico, assumindo a tradição da perpetuidade da Coroa:

“Le royaume n’est jamais sans roi, este adágio enuncia a força do princípio soberano . Também o ritual, segundo o qual o Grand Maître de Frances comunica ao povo, do balcão dos aposentos reais, a morte do rei, expressa a máxima da perpetuidade soberana ‘Le roi est mort , vive le roi’. De fato, a perpetuidade é ressaltada e anunciada como característica da coroa francesa através dos adágios ‘le roi ne meure jamais en France’ e ‘Le royaume n’est jamais sans roi’⁴⁵⁶.

Diante da dificuldade de definir o exercício desse poder soberano, BODIN distingue, no capítulo X, quais são as “marcas” da soberania. A principal delas, que, aliás, pode ser considerada um gênero irreduzível, do qual, portanto, as demais derivam, é o poder “de dar lei a todos em geral, e a cada um em particular”⁴⁵⁷. Marcas derivadas da soberania são ainda a declaração de guerra e paz, outorgar graça aos condenados, instituir delegados de seu poder, estabelecer impostos etc.⁴⁵⁸.

A marca fundamental da soberania – criar e derrogar a lei – é um ponto decisivo da inovação teórica elaborada pelo filósofo, revolucionando o fundamento de justificação para a obediência das leis da Idade Média e permitindo consolidar o poder da nova forma de organização política que emerge: os Estados. A relação que se estabelece entre súditos e o príncipe no Estado

1930, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2143282>>, consultado em 26 de abril de 2012; DE SMET, *Le mythe de la souveraineté...*, cit., p. 44.

⁴⁵⁶ RISCAL, *O Conceito de Soberania em Jean Bodin...*, cit., p. 210.

⁴⁵⁷ BODIN, *Les Six Livres de la Republique*, cit., p. 221, no original: “Et par ainsi nous concludrons que la première marque du Prince souverain, c’est la puissance de donner loy à tous em general, & à chacun em particulier”.

⁴⁵⁸ BODIN, *Les Six Livres de la Republique*, cit., p. 221 et seq.

Moderno, conforme a proposta de BODIN, difere-se substancialmente daquela estabelecida entre suseranos e vassallos, e não mais se dá através de um acordo de vontades, como assunção de obrigações recíprocas e a criação de um vínculo hereditário. O ato de soberania, criar ou extinguir unilateralmente a lei, obriga os súditos independentemente de seu consentimento. Com esta consideração, CARL SCHMITT, em sua *Teologia Política*, afirma que o filósofo tocou no ponto central da soberania: a capacidade de decisão, de criar e extinguir a norma⁴⁵⁹.

Relevante, para além da vinculação do soberano às leis divinas, é seu dever de obedecer às leis naturais, e, ainda, leis humanas. BODIN cita vários casos. Em primeiro lugar – em analogia ao Papa, que, segundo os canonistas, “não ata as suas mãos” – o príncipe não se obriga por promessas de seus antecessores, pois tal equivaleria a não ser soberano, e, conseqüentemente, não está vinculado a promessas que fez a si mesmo. Porém, se o príncipe promete a outro príncipe respeitar determinada lei, então a sua palavra deve ser mantida, não porque agiu como soberano, mas porque também é homem, sujeito à lei natural. Esse ato de contratualidade – e não propriamente de soberania, na visão de BODIN – vale também para as promessas feitas pelo príncipe aos súditos. Também está limitado o poder do soberano no que concerne às leis fundamentais do reino, dentre elas a normatização da sucessão do trono. O soberano pode sim derogar leis, mas quando julgar que estas sejam injustas⁴⁶⁰.

É neste ponto que se centra o elogio que SCHMITT faz à teoria da soberania de BODIN. Segundo SCHMITT, mais relevante que a definição de BODIN de soberania, e o que realmente impressiona em sua teoria, é que, considerando a soberania indivisível, ele finalmente colocou a questão do poder no Estado,

⁴⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie : Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 8. Ed. Berlim : Duncker & Humblot, 1934, p. 15-6.

⁴⁶⁰ BODIN, *Les Six Livres de la Republique*, cit., p. 133 et seq.

incorporando o núcleo do processo decisional no conceito de soberania – pois o príncipe não deve obedecer às normas em caso de emergência, mas sim fazer o que for necessário, seja mudar as normas ou suspendê-las inteiramente – estabelecendo-o como epicentro de seu sistema teórico. E desse poder de fazer e suspender as leis BODIN derivou todas as demais “marcas” da soberania⁴⁶¹.

Apesar de ser negado o direito à resistência, não há que se confundir o poder absoluto da definição de BODIN com um poder arbitrário – tal qual a conotação que ganhou a sua teoria como justificativa para o poder absolutista dos reis – pois o soberano governa tendo em vista o bem comum, o que o difere de um tirano – é, assim, uma diferença de natureza, e não de bondade intrínseca do príncipe. A teoria jurídica de BODIN não deixa de lado, portanto, um critério de validade das decisões, tomado que está pelo pensamento jusnaturalista teológico. Nesse ponto também se revela a preocupação com a ordem: a punição ao tirano cabe a Deus, pois se aos homens lhes for dado resistir, as diversas opiniões sobre a real ou suposta tirania de um príncipe levaria à anarquia – a única exceção que BODIN admite é o tiranicídio do usurpador do trono, pois a norma que regula a sucessão é a maior garantidora de ordem. O mesmo argumento é utilizado para justificar a monarquia hereditária, em oposição à eletiva⁴⁶².

A soberania é exercida pela vontade, mas há um critério racional, de justiça e de adequação às leis hierarquicamente superiores, como a lei natural e a lei divina. Uma leitura da obra que considere tais limites apenas atos retóricos, e não limites reais e efetivos é anacrônica: pretende ver, na realidade do séc. XVI, um processo de secularização que supera o esquema normativo hierárquico

⁴⁶¹ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 16.

⁴⁶² DE SMET, *Le mythe de la souveraineté...*, cit., p. 57-60.

predominante na Idade Média – a exemplo da teoria tomasiana – que ainda não ocorrera.

No plano político pode-se perceber diretamente a influência da teoria de BODIN no resultado do fim dos sangrentos conflitos que marcaram a Europa durante o século XVI e XVII: a Paz de Westphalia. Tanto a Guerra dos Oitenta Anos, conflito envolvendo o território dos atuais Países Baixos e a Espanha, como a Guerra dos Trinta Anos – oriunda das rivalidades entre católicos e protestantes no âmbito do Sacro Império Romano Germânico – teve a participação também de potência europeias como a França, Espanha e Suécia, principalmente com o interesse em diminuir o poderio conquistado pela casa de Habsburgs⁴⁶³. As perdas

⁴⁶³ Destacam-se as mudanças estruturais de cunho econômico, político e cultural que colocaram em choque uma nova e uma velha Europa: a expansão comercial, mudanças de técnicas de produção e nova perspectiva sobre a riqueza advinda sobretudo do calvinismo, que permitiam o financiamento de uma guerra tão longa; a crescente racionalidade na política, diferenciando-se dos aspectos morais e orientando-se ao poder – e que teve no século XV, com o florentino MAQUIAVEL uma grande influência; a política colonialista, que permitiu à Espanha emergir como uma potência; o expansionismo da França de Richelieu, quem via como direito francês a posse das terras originalmente habitadas pelo gauleses; a crescente integração das zonas periféricas da Europa, sem o que a participação da Suécia tornava-se inimaginável. Nesse sentido, para uma macro-história do processo que culmina na Paz de Westphalia [SCHILLING, Heinz. Der Westfälische Friede und das neuzeitliche Profil Europas. In: *Historische Zeitschrift: Der Westfälische Friede: Diplomatie – politische Zäsur – kulturelles Umfeld – Rezeptionsgeschichte*, [s/l], Oldenbourg Wissenschaftsverlag, Beihefte, New Series, v. 26, 1998, p. 7-9, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20523004>>, consultado em 22 de janeiro de 2013]. BURKHARDT define a guerra dos 30 anos como uma guerra de formação dos Estados europeus, que teve início em razão de três déficits: o de igualdade, devido à redução do poder universal dominante, a luta pelo reconhecimento de situações particulares, e a procrastinação em se aceitar uma dupla estatalidade federal; déficit de institucionalização, resultado da desestabilização dinástica e uma instabilidade militar; e, por fim, déficit de autonomia, resultado da formação religiosa, de problemas de arrecadação de recursos do Estado e, por fim, das modificações trazidas pela imprensa, BURKHARDT, Johannes. Der mehr als Dreißigjährige Krieg - Theorie des Staatsbildungskrieges. In: JÄGER, T; BECKMANN, R. (Org.). *Handbuch Kriegstheorien*. Würzburg: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2011, p. 335-46.

foram tão maciças – a população do Sacro Império reduziu-se pela metade, por exemplo – para todos os participantes, que foi celebrado, após 5 anos de negociação, o armistício no contexto do tratado internacional assinado em 30 de janeiro de 1648 em Münster e em 24 de outubro de 1648 em Osnabrück⁴⁶⁴.

Tal evento tem importância fundamental para o desenvolvimento dos conceitos de Estado-Nação e soberania, destacando-se como marco relevantíssimo para toda uma série de modificações nas relações internacionais e, especialmente, entre os países europeus. Nada obstante, não deve tal momento político tornar-se um fetiche, como se o surgimento do Estado Moderno ou mesmo o início da efetivação da soberania estatal tivesse ali se iniciado *ab ovo*. No tratado sequer há, de forma expressa, o conceito de “soberania”, àquela época já consolidado por BODIN – a maior parte de seus artigos se dedica a estabelecer a restituição de territórios, bens e postos perdidos, bem como a assegurar maior grau de liberdade religiosa, já iniciado com o Tratado de Augsburg⁴⁶⁵ de 1555 – responsável por estabelecer o princípio *cuius regio, eius religio*, entre católicos e luteranos, e sendo percebido por outras facções religiosas, a exemplo dos calvinistas e anabatistas, como uma ameaça⁴⁶⁶. Aliás, o texto do tratado, tendo em vista o estado da arte contemporânea, não prima pela técnica jurídica.

⁴⁶⁴ O texto do tratado de Westphalia são dois, o assinado entre a França e o Sacro Império Romano Germânico, em Münster, e entre a Suécia e o Sacro Império Romano Germânico, em Osnabrück – assim, para se referir a cada um deles, será indicada a cidade entre parênteses. ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster e Osnabrück respectivamente), disponível em <www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/o_1648lt-orig.pdf> e <www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/m_1648lt-orig.pdf>, consultado em 21 de janeiro de 2013.

⁴⁶⁵ TRATADO DE AUGSBURG, disponível em <http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=739&url_tabelle=tab_quelle>, consultado em 21 de janeiro de 2013.

⁴⁶⁶ V. CROXTON, Derek. The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty. In: *The International History Review*, [s/l], Taylor & Francis, v. 21, n. 3, set., 1999, p. 569,

A Paz de Westphalia é considerada importante em relação ao princípio da soberania por ter permitido, ao longo do tempo, a emergência de várias autoridades soberanas e o seu reconhecimento – e, condição de possibilidade para essa mudança política era que a autoridade do papa e do imperador restasse definitivamente minada, o que de fato pôde ser verificado. A resposta da Igreja veio através do papa Inocêncio X, quem proferiu a bula *Zelo dominus dei*, condenando o reconhecimento do protestantismo no Sacro-Império. Além disso, o tratado afirmava a sua validade independentemente da aceitação da Igreja⁴⁶⁷. É importante também ressaltar que esse foi apenas mais um, dentre uma série de episódios, em que o poder da Igreja saiu abalado.

Em relação à comum afirmação de que o tratado teria “estabelecido” a soberania dos Estados, é necessário tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, a palavra soberania não existe no Latim, e a expressão utilizada no original do tratado, que se aproxima de seu uso, é a “*supremum dominium*”. Foi a este título que, por exemplo, transferiu-se a Alsácia para a França⁴⁶⁸. Em segundo, apesar de se utilizar o termo latim que foi traduzido para as demais línguas como “soberania”, o tratado definiu a transferência do território não utilizando apenas esse termo, mas uma série de detalhes, especificando-se também, em pormenores, elementos como vasallos, sujeitos, pessoas, cidades, castelos, casas, fortalezas,

disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40109077>>, consultado em 21 de janeiro de 2013.

⁴⁶⁷ CROXTON, The Peace of Westphalia..., cit., in: *op. cit.*, p. 571-2.

⁴⁶⁸ § 74, ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster), cit.; CROXTON, The Peace of Westphalia..., cit., *op. cit.*, p. 571-2. Sobre a política francesa praticada pelo Cardeal Richelieu durante o tratado v. RAUMER, Kurt von. Westfälischer Friede. *Historische Zeitschrift*, [s/l], Oldenbourg Wissenschaftsverlag, v. 195, n. 3, dec., 1962, p. 596-613, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27613363>>, consultado em 22 de janeiro de 2013.

madeiras, minas de ouro e prata, rios, pastos etc⁴⁶⁹, o que é sintomático do momento histórico em que a soberania não está consolidada. Terceiro, a França aceita limitações nos territórios conquistados⁴⁷⁰, e, por último, aceitou a submissão de determinadas cidades ao Sacro Império - as chamadas Decápolis, Basel e Estrasburgo. Daí a procedente crítica:

“Como poderia a França possuir soberania sobre estados que continuaram imediatamente sob o controle do Sacro Império Romano? Que o tratado pretendeu preservar antes que quebrar os laços imperiais é mostrado pelo fato de que as unidades políticas da Alsacia continuaram por décadas mandando representantes para a Dieta Imperial, pagando tributos imperiais, e sujeitas a várias leis imperiais”⁴⁷¹.

A Paz de Westphalia possibilitou, através da defesa das soberanias que cada uma das partes envolvidas alegou – sobretudo a França, com sua preocupação com o poderio Espanhol, e a Suécia, buscando se auto-sustentar – a formação e convivência num sistema internacional multi-polar, a partir do qual se fortaleceu a tese do equilíbrio de poder como necessário à paz na Europa, ideia depois retomada com maior vigor no Congresso de Viena (1815).

⁴⁶⁹ § 74, ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster), *cit.*

⁴⁷⁰ A exemplo do § 75, que dispõe que “Não obstante o Rei Cristão estará obrigado a conservar em todos e em cada um destes países a Religião Católica como foi conservada sob os Príncipes Austríacos, e a remover todas as novidades introduzidas durante a guerra” (tradução livre), §75, ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster), no original: “Sit tamen rex obligatus in eis omnibus et singulis locis catholicam conservare religionem, quemadmodum sub Austriacis principibus conservata fuit, omnesque quae durante hoc bello novitates irrepserunt, remove”.

⁴⁷¹ CROXTON, The Peace of Westphalia..., *cit., op. cit.*, p. 580, tradução livre, no original: “how could France possess sovereignty over estates which remained immediate to the Holy Roman Empire? That the treaty intended to preserve rather than break off the Imperial tie is shown by the fact that the political units of Alsace continued for decades to send representatives to the Imperial Diet, pay Imperial taxes, and be subject to some Imperial laws”

De fato, o conceito de soberania não foi aplicado de forma juridicamente clara e inequívoca no tratado; tampouco foi resolvida em suas cláusulas, como comumente apontado, um princípio do equilíbrio de poder para a manutenção da paz. Nada obstante, a idéia de soberania certamente se localiza no entorno da Paz de Westphalia, principalmente no debate e nas negociações que a antecederam⁴⁷². Como resultado indiscutível, porém, destaca-se o fortalecimento da idéia de que, de ali em diante, o relacionamento entre os Estados na Europa se dará pela via do direito⁴⁷³, não mais se declarando guerras fundadas em religiões, o que leva ao aprofundamento do processo de secularização europeu⁴⁷⁴.

Sob a perspectiva de uma história efetual (*Wirkungsgeschichte*), a Paz de Westphalia irradiou-se e produziu efeitos durante mais de 150 anos, sendo utilizada como modelo nos instrumentos de paz que se sucederam, a começar pelo Tratado dos Pirineus (1659) – responsável por encerrar o conflito entre França e Espanha, originado no contexto da guerra dos 30 anos – até o Tratado de Teschen (1779), que colocou fim à disputa da Áustria na sucessão bávara. Ela foi considerada como o embrião de uma lei fundamental do sistema internacional, não só por conceder uma posição de igualdade entre os Estados⁴⁷⁵, mas também porque, mesmo sem prever mecanismos expressos de segurança internacional,

⁴⁷² Esse é o resultado da pesquisa realizada por CROXTON a partir das cartas enviadas durante a negociação pelas partes: “nesse sentido, pode-se localizar a origem da soberania em volta da paz de Westphalia, mas somente como consequência das negociações, não como uma explícita ou implícita aceitação da idéia de soberania em termos de tratados”, v. CROXTON, *The Peace of Westphalia...*, cit., *op. cit.*, p. 591, no original: “In this sense, one may locate the origins of sovereignty around the peace of Westphalia, but only as a consequence of the negotiations, not of an explicit or implicit endorsement of the idea of sovereignty in the terms of the treaties”.

⁴⁷³ § 116, ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster), cit.

⁴⁷⁴ SCHILLING, *Der Westfälische Friede und das neuzeitliche Profil Europas*, cit., *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷⁵ § 47, ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster), cit.;

conflitos menores seriam evitados na medida em que havia a garantia de paz a partir do poderio de duas potências na Europa central, forçando a resolução dos conflitos internos por meio da lei e dos tribunais, e os externos por meios diplomáticos, prevendo uma sanção coletiva para aqueles que ameaçarem a paz no continente⁴⁷⁶. Como resultado, os conflitos seguintes na Europa serão marcados pela então alegada necessidade de balanço ou *equilíbrio de poder*, capaz de manter a paz conquistada⁴⁷⁷.

Se a soberania é uma idéia construída historicamente, do ponto de vista filosófico trata-se do reconhecimento da efetivação da liberdade no desdobrar histórico, liberdade esta tomada como *autodeterminação* de uma coletividade que alcança condições políticas suficientes para se constituir como Estado⁴⁷⁸, como já salientado.

Uma vez que consideramos que a soberania foi utilizada argumentativamente como barreiras à efetividade dos direitos humanos no plano global, ao longo da história, é de se notar que já no nascedouro do conceito moderno de soberania, nem a chamada soberania *interna* – poder de elaborar as

⁴⁷⁶ § 116, ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster), *cit.* ZIEGLER, Karl-Heinz. Die Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht. In: *Archiv des Völkerrechts*, [s/l], Mohr Siebeck, v. 37, n. 2, Mai, 1999, p. 150-1, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40799235>>, consultado em 22 de janeiro de 2013.

⁴⁷⁷ DURCHHARDT, Heinz. Westfälischer Friede und internationales system im Ancien Régime. *Historische Zeitschrift*, [s/l], Oldenbourg Wissenschaftsverlag, v. 249, n. 3, Dec., 1989, p. 532 *et seq.*, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27626881>>, consultado em 22 de janeiro de 2013. A visão de que o tratado acabou por retardar a unificação do Estado Alemão foi desenvolvida apenas no período do Nacional-Socialismo, e só pode ser aceita *cum grano salis*, pois a fragmentação nos mais de 300 reinos que compunham o Sacro Império era política, linguística e cultural. ZIEGLER, Die Bedeutung des Westfälischen.. *cit., op. cit.*, p. 130.

⁴⁷⁸ CROXTON, citando também KENNET WALTZ, entende também a soberania não como a aplicação de um modelo, mas a reconhece como sendo um fato histórico, CROXTON, *The Peace of Westphalia...*, *cit., op. cit.*, p. 571.

normas – e tampouco a soberania *externa* – relação do Estado com os demais, incluindo a capacidade de assinar ou revogar tratados e de declarar a paz como a guerra – assumem, no plano teórico, formas isentas de qualquer limite. Segundo BODIN, se o príncipe não está ligado aos tratados concluídos pelo príncipe anterior e ao *jus gentium*, não lhe cabe revogá-lo senão por considerá-lo injusto – e o critério de justiça aqui é o direito natural e divino⁴⁷⁹.

Apesar disso, o poder absoluto e perpétuo do soberano é um poder, é unilateral, e não se constitui concretamente como direito, pois que lhe falta a nota essencial de bilateralidade e reconhecimento, o que só será percebido com HEGEL.

4.2. FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DA SOBERANIA: SEGURANÇA E LIBERDADE DO ESTADO NA TEORIA DO CONTRATO SOCIAL DE HOBBS COMO SUA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

Na direção da formação de uma teoria da soberania cujo poder se encontra absolutamente – posto que inderivado – dentro do Estado, sem recursos à justificação não-racional, vale dizer, remetendo-se a uma verdade dogmática, divina, surge a necessidade não só de aprofundar esse processo – libertando o Estado progressivamente das verdades transcendentais e afastando-o da religião – bem como apresentar uma teoria racional que, compartilhada intersubjetivamente, seja capaz de justificar de modo lógico⁴⁸⁰ a autoridade suprema do Estado e seu exercício.

⁴⁷⁹ QUARITSCH, Helmut. Bodins Souveränität und das Völkerrecht. In: *Archiv des Völkerrechts*, [s/l], Mohr Sibeck, v. 17, n. 3-4, 1978, p. 257-73, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40797733>>, consultado em 17 de janeiro de 2013; TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 80.

⁴⁸⁰ Lógico em sentido estrito, e não apenas racional, com pretensão de rigorismo cartesiano, vez que o HOBBS desenolverá a sua teoria segundo o *more geometrico* cartesiano.

Conforme já afirmado, a soberania, vista aqui como elemento de autodeterminação do Estado, isto é, como a face da liberdade apresentada no plano de uma coletividade que se faz independente, e que se desenvolve processualmente na história, é determinada em BODIN como o poder supremo no Estado, e só pode ser obtido com o monopólio absoluto desse poder. Apresentam-se, nesse contexto, porém, duas questões. A primeira é: como pode ser a soberania, entendida como liberdade, distinta do mero arbítrio; e a segunda, consequência da primeira: como manter esse poder, tendo em vista a imprescindibilidade de justificação para a sua sustentabilidade. BODIN apenas esboçou a resposta a essas perguntas, derivando o poder do príncipe do poder familiar, persistindo ainda o contato entre o jusnaturalismo de bases teológicas, mas ficou a cargo dos teóricos vindouros, através da teoria do contrato social, buscar respondê-las.

HOBBS foi o grande pensador do Estado que apresentou, de forma original e poderosa, uma resposta a essas indagações, tão caras ao seu tempo, vez que o poder dos Estados se consolidava após a Paz de Westphália e, conseqüentemente, sua obra obteve êxito em fundamentar filosoficamente a soberania já desenhada juridicamente por BODIN⁴⁸¹. Dois pontos principais de sua teoria se destacam, a saber, a concepção antropológica que a justifica, segundo a qual, no denominado estado de natureza, *o homem é o lobo do homem*; e, após o contrato social, com base no qual o soberano assume praticamente todo o poder, a definição de que *é a autoridade, e não a verdade, que faz a lei*.

Conforme a estratégia utilizada pelo filósofo para responder a tais indagações, ficará claro que, antes de tudo, para que haja um Estado sólido, é necessário que este esteja resguardado por um poder incontestado, seja um *Leviatã*, monstro marinho de proporções colossais da mitologia antiga e descrito na bíblia,

⁴⁸¹ DE SMET, *Le mythe de la souveraineté, cit.*, p. 90.

no Livro de Jó, e que só pode ser combatido por outro monstro, esse terrestre, o Behemoth. Na batalha, entretanto, ambos morrem, mas Behemoth sai vitorioso, pois cumpriu o seu objetivo. Tal metáfora se aplica analogamente ao Estado Leviatã e seu maior inimigo: a guerra civil⁴⁸².

O horizonte teórico epocal que marca a obra política hobbesiana reside as suas bases metafísicas numa perspectiva lógico-geométrica e materialista⁴⁸³, que, combinadas, resultaram num sistema de índole mecanicista, opondo-se à visão naturalista-cosmológica dos filósofos antigos, especialmente à aristotélica, segundo a qual o homem é, por natureza, um animal político e social – e, por essa razão, teleologicamente destinado, em algum grau, a converter essa potencialidade em ato⁴⁸⁴. Ao contrário dessa proposta, que também informa os

⁴⁸² BÍBLIA SAGRADA, *cit.*, Livro de Jó, 40:15-24.

⁴⁸³ Até mesmo a fala, no sentido de linguagem, é considerada, por HOBBS, como um conjunto proposições matemáticas, em que cada palavra se relaciona com a outra e com o todo, e, assim, são encadeadas através de silogismos, e os silogismos formam uma demonstração, HOBBS, Thomas. *Leviathan; or the matter, form and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil*. 2. ed., London: George Routledge, 1886, p. 27.

⁴⁸⁴ No primeiro capítulo do *De Cive* HOBBS trata exatamente do que é o homem e das considerações sobre a antropologia grega: “The greatest part of those men who have written aught concerning commonwealths, either suppose, or require us or beg us to believe, that man is a creature born fit for society. The Greeks call him ζῷον πολιτικόν; and on this foundation they so build up the doctrine of civil society, as if for the preservation of Peace, and the government of mankind, there were nothing else necessary than that men should agree to make certain covenants and conditions together, which themselves should then call laws Which axiom, though received by most, is yet false; and na error proceeding from our too slight contemplation of human nature”. [HOBBS, Thomas. *Philosophical Rudiments concerning Government and Society*. The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury. V. 2. [S/l]: Scientia Aalen, 1962, p. 2-3]. Mais a frente, após analisar algumas hipóteses, HOBBS define o que de fato é a natureza humana: “We must therefore resolve, that the original of all great and lasting societies consisted not in the mutual good will man had towards each other, but in the mutual fear they had of each other”. [HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 6; GAUTHIER, David P. *The Logic of Leviathan: The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes*. New York: Oxford University Press, 1969, p. 2.

pilares do jusnaturalismo, HOBBS sustentará – motivado pelo seu ceticismo advindo da matemática, da experiência não apenas das guerras civis que varrem a Europa, mas efetivamente do desmonte de um mundo centrado, coerente e organizado a partir de uma verdade, emergindo diferentes ideologias com a mesma pretensão de verdade, a exigir uma equidistância moral do sistema religioso, que busca ser neutralizado pela política⁴⁸⁵ – que não se deve buscar tirar conclusões acerca do homem e de toda a realidade a partir de sua finalidade, mas, ao contrário, pesquisá-la na sua origem, em sua *prima natura*, e perceber, a partir do princípio de causa e efeito, o que move as suas engrenagens⁴⁸⁶. Sua cosmovisão será diametralmente oposta à tradição constituída pelo arco que se estende de ARISTÓTELES aos filósofos medievais, passando pelos estóicos: emerge claramente o indivíduo como centro do pensamento político, e não mais como um animal social *par excellence*, que não pode ser anterior a *polis* e somente a partir dela deriva a sua verdadeira natureza. Nas palavras de KERSTING:

“A filosofia política de Hobbes é o local de nascimento do indivíduo moderno, atomístico, de tudo livre e absoluto (...) Com Hobbes torna a filosofia política individualista. O indivíduo humano experiência seu ser, valor e sentido não mais através da integração numa compreensiva, naturalística, e antiga comunidade”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ KERSTING, Wolfgang. Einleitung: Die Begründung der politischen Philosophie der Neuzeit im Leviathan. In: KERSTING, Wolfgang (Org.). *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates – Klassiker Auslegung*. 2. ed. Berlin: Akademie Verlag, 2008, p. 14.

⁴⁸⁶ DE SMET, *Le mythe de la souveraineté*, cit., p. 76-7.

⁴⁸⁷ KERSTING, Einleitung..., cit., in: *op. cit.*, p. 15 , no original: „Hobbes’ politische Philosophie ist der Geburtsort des modernen, atomistischen, von allem freien und absolut souveränen Individuums (...) Mit Hobbes wird die politische Philosophie individualistisch. Der einzelne Mensch erfährt nicht mehr durch Integration in übergreifende und von Natur aus frühere Gemeinschaften Sein, Wert und Sinn“.

O estado do homem no momento anterior à sociedade é o puro *estado de natureza*⁴⁸⁸, representado pela imagem da *bellum omnium contra omnes*. A guerra é a contestação que se faz pela força, e, paz, o tempo em que não se verificam pretensões erigidas através da violência⁴⁸⁹. A guerra total torna-se uma adversária à preservação do homem, e, ainda que a saída do estado de natureza não faça as guerras cessarem, elas não são mais uma guerra de todos contra todos. Nessa situação, de acordo com HOBBS, nada pode ser certo ou errado, justo ou injusto,

⁴⁸⁸ Sobre ser o *estado de natureza* fictício ou não, HOBBS não responde diretamente a questão. Afirma, primeiro, que, apesar de se poder imaginar que nunca houve um tempo ou condição de guerra total como a por ele referida, em várias partes do mundo se vive em tal estado de ausência de governo, como exemplo, alguns “selvagens” indígenas, habitantes da América. O parágrafo seguinte, porém, inicia-se com a suposição de que mesmo que nunca tenha havido uma guerra de todos contra todos.. e então segue-se a linha argumentativa, HOBBS, *Leviathan...*, cit., p. 66.

⁴⁸⁹ HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 10-2. A definição dada no *Leviathan* é a seguinte: “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de manter o respeito entre eles, encontram-se naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida: e assim a noção de ‘tempo’ deve ser levada em conta quanto à natureza da guerra, do mesmo modo que quanto à natureza do clima. Porque tal como a natureza do mau tempo não consiste numa ou duas chuvas, mas uma tendência para chover que dura vários dias seguidos, assim também a natureza da guerra não consiste na luta atual, mas na sabida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário. Todo o tempo restante é de paz”, HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 11, no original: “during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called war; and such a war, as is of every man, against every man. For ‘war’ consisteth not in battle only, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the will to contend by battle is sufficiently known: and therefore the notion of ‘time’ is to be considered in the nature of war, as it is in the nature of weather. For as the nature of foul weather lieth not in in a shower or two of rain, but in an inclination thereto of many days together; so the nature of war consisteth not in actual fighting, but in the known disposition thereto during all the time there is no assurance to the contrary. All other time is ‘peace.’”. V. NIDA-RÜMELIN, Julian. *Bellum omnium contra omnes; Konflikttheorie und Naturzustandskonzeption im 13. Kapitel des Leviathan. In: KERSTING, op. cit., p. 90 et seq.*

pois, se não há poder comum, não há lei, e, se não há lei, não pode haver justiça: “a força e a fraude são na guerra duas virtudes cardinais”⁴⁹⁰.

No primeiro capítulo do *De Cive*⁴⁹¹, HOBBS apresenta a natureza antropológica de sua teoria, que parte do conceito chave de igualdade entre os homens no *estado de natureza*. A natureza deu *tudo a todos*, e, segundo o filósofo, *todos terem tudo* é inaproveitável, afinal, corresponde ao mesmo que não ter nada. Quando se diz “isso é meu”, haverá sempre o vizinho que sobre a coisa terá o mesmo direito.

Para continuar a sua dedução, ao lado do conceito de natureza, HOBBS apresenta a segunda linha mestra de sua teoria antropológica: as ações dos homens são explicadas como manifestamente provindo da *vontade*, e a *vontade* da *esperança* e do *medo*. Os homens obedecem ou desobedecem a lei na medida em que eles veem um bem maior e um mal menor nesta relação, de modo pragmático. Bem entendida, a lei natural, que iguala a todos – pois mesmo o mais fraco pode matar o mais forte – não oferece condições adequadas de segurança, e enquanto nenhum dos homens tem um caução do outro sobre suas ações, o que só acontece com o seu ingresso na sociedade civil, o primitivo direito à legítima defesa continua pertencendo a todos, irrestritamente⁴⁹².

O medo da morte pelos homens é a paixão que os inclina a buscar a paz⁴⁹³, consequência direta da ameaça à preservação perante a guerra total, e

⁴⁹⁰ HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 65.

⁴⁹¹ HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 6

⁴⁹² HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 63-4.

⁴⁹³ HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 65.

aparece, conforme a dedução hobbesiana, como lei natural⁴⁹⁴. A base do direito (*right*), na definição de HOBBS é, assim,

“a liberdade que cada homem tem para fazer uso das suas faculdades naturais de acordo com a reta razão. Consequentemente a primeira fundação do direito natural é a medida do esforço que cada homem possui em si para proteger a sua vida e membros”⁴⁹⁵.

Ou, como definido no *Leviathan*:

“O direito da natureza, o qual os escritores comumente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem tem, de usar a sua força, como ele bem quiser, para a preservação da sua própria natureza; é dizer, da sua própria vida; e consequentemente, de fazer qualquer coisa que, segundo o seu próprio julgamento e razão, ele conceba como o meio mais apto a isso”⁴⁹⁶.

Conceito fundamental, que surge nessa definição, é o de liberdade, logo em seguida explicado:

“Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que

⁴⁹⁴ HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 10-2.

⁴⁹⁵ HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 9, no original: “Neither by the word *right* is anything else signified, than that liberty which every man hath to make use of his natural faculties according to right reason. Therefore the first foundation of natural right is this that *every man as much as in him lies endeavour to protect his life and members*”. Tal direito engloba, ainda, como corolário, a utilização de todos os meios possíveis para fazer valê-lo: “But because it is in vain for a man to have a right to the end, if the right to the necessary means be denied him, it follows, that since every man hath a right to preserve himself, he must also be allowed a right to use all the means, and do all the actions, without which he cannot preserve himself”, loc. cit.

⁴⁹⁶ HOBBS, *Leviathan...*, cit., p. 65-6, no original: “The right of Nature,” which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything, which in his own judgment and reason he shall conceive to be the aptest means thereunto”.

cada um tem de fazer o que quer; mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem."⁴⁹⁷

Assim, a primeira e a segunda leis da natureza são "buscar a paz e segui-la", e "nos defender, por todos os meios possíveis"⁴⁹⁸, respectivamente.

Seguindo, portanto, a lei natural, que leva os homens em direção à paz como autopreservação, buscarão estes se reunir, e é a união dos homens que oferecerá segurança, só podendo ser obtida através de um meio artificial, o contrato, ou seja, não é passível de se obtê-la de modo natural, como em outros animais sociais. Mas o consenso acerca da necessidade da união na formação do contrato não é o bastante, é imprescindível que haja uma união de fato, adquirida pela submissão da vontade de todos os homens a apenas um homem ou a um conselho, de modo que qualquer vontade divergente seja inibida pelo terror que este, que submete todas as vontades, o soberano, inspira. Assim surge a sociedade civil⁴⁹⁹. Pertence também à lei natural o direito do mais forte de integrar os demais nessa sociedade: "um seguro e irresistível direito confere o direito de domínio e governo sobre aqueles que não podem resistir"⁵⁰⁰.

Já no início do *Leviathan*, HOBBS explica que o homem, capaz de imitar a arte de governar própria de Deus, que o faz através da natureza, cria até mesmo animais artificiais – animais, pois a vida é basicamente movimento de

⁴⁹⁷ HOBBS, *Leviathan...*, cit., p. 66, no original: "By 'liberty', is understood, according to the proper signification of the word, the absence of external impediments: which impediments may oft take away part of a man's power to do what he would; but cannot hinder him from using the power left him, according as his judgment and reason shall dictate to him."

⁴⁹⁸ HOBBS, *Leviathan...*, cit., p. 66, no original: "to seek peace, and follow it (...) by all means we can, to defend ourselves."

⁴⁹⁹ HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 68-9.

⁵⁰⁰ HOBBS, *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 13, no original: "a sure and irresistible power confers the right of dominion and ruling over those who cannot resist".

determinadas partes principais – e, assim, por que não dizer que todos os “automatas”, ou seja, “motores que movem a si mesmo através de molas e engrenagens, como um relógio, possuem vida própria?” E segue a sua resposta:

“Pois o que é o coração, senão uma mola; e os nervos, senão várias cordas; e as juntas, senão outras tantas engrenagens, dando movimento a todo o corpo, tal como foi intencionado pelo artífice? A arte vai ainda mais longe, imitando o racional e mais excelente trabalho da natureza: o “Homem”. Pois pela arte é criado aquele grande Leviatã chamado República, ou Estado, ou, em Latim, *Civitas*, que não é senão um homem artificial, porém de maior estatura e força que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado; e no qual a “soberania” é uma alma artificial, pois dá vida e movimento a todo o corpo”⁵⁰¹.

A partir de sua concepção antropológica e da observação do agir humano, HOBBS busca derivar racionalmente as leis naturais, e, delas, a existência do Estado. É uma observação que pretende ser realística, explicando a efetividade política através do seu *homo homini lupos* levado, *de per se*, a conformar o Estado, realizando a passagem da natureza à cultura pela submissão das vontades pelo contrato social. Surge assim a sua alma artificial, a *soberania*.

Em primeiro lugar, impende salientar, o contrato social hobesiano – no qual o soberano, enquanto tal, não é parte, mas apenas os cidadãos⁵⁰² – não é, de forma alguma, um contrato limitador do poder, mas legitimador deste:

⁵⁰¹ HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 11, no original: “for what is the “heart”, but a “spring”; and the “nerves”, but so many “strings”, and the “joints”, but so many “wheels”, giving motion to the whole body, such as was intended by the artificer? “Art” goes yet further, imitating the rational and most excellent work of nature, “man”. For by art is created that great “Leviathan” called a “Commonwealth”, or “State”, in Latin *Civitas*, which is but an artificial man; though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended; and in which the “sovereignty” is an artificial “soul”, as giving life and motion to the whole body”.

⁵⁰² HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 85.

“O contrato de Hobbes é um contrato fundamentador da soberania, e não um contrato limitador da soberania. A renúncia do direito de todos, a tarefa da liberdade natural e a autorização e transmissão do direito ao autogoverno são todos incondicionalmente externalizações, que não retêm, em absoluto, nenhuma liberdade e qualquer direito ao lado das partes contratantes (...) O Estado contratual de Hobbes detém absoluto poder; ele não é limitado em sua competência para reger seja através de direitos fundamentais liberais, nem tampouco por meio de uma constituição natural ou jusracionalista”⁵⁰³.

Nada obstante o soberano não sofrer qualquer espécie de limitação pelo contrato – nem por qualquer outra lei, vez que quem faz a lei também pode desfazê-la, sendo a única exceção a lei natural acima explicada, ou seja, a lei natural que se refere à procura da paz, à autodefesa e à formação e manutenção do próprio poder soberano⁵⁰⁴ – ele necessariamente deve se manter alinhavado à finalidade do contrato social, razão pela qual ele foi investido de poder, a saber, a preocupação com a *segurança* do povo, sendo o capítulo XXX do *Leviathan* dedicado a exatamente estabelecer as obrigações do soberano. Por segurança não

⁵⁰³ KERSTING, Wolfgang. Vertrag, Souveränität, Repräsentation: zu den Kapitel 17 bis 22 des *Leviathan*. In: KERSTING, *op. cit.*, p. 185, no original: “‘Hobbes’ Vertrag ist ein Herrschaftsbegründungsvertrag, kein Herrschaftsbegrenzungsvertrag. Der Verzicht auf das Recht auf alles, die Aufgabe der natürlichen Freiheit und die Autorisierung und Übertragung des Rechts auf Selbstregierung sind allesamt vorbehaltlose Entäußerungen, die keinerlei Freiheit und keinerlei Recht auf seiten der Vertragsparteien zurückbehalten (...) Hobbes’ Vertragsstaat besitzt jedoch absolute Macht; er ist weder durch liberale Grundrechte noch durch Menschenrechte, weder durch eine vernunftrechtliche noch durch eine naturrechtliche Verfassung in seiner Herrschaftsbefugnis eingegrenzt”.

⁵⁰⁴ Pode, portanto, cada um preservar a sua vida, contra qualquer um, inclusive contra o soberano, mesmo que esse esteja agindo de modo justo, correto e de acordo com o direito, pois o direito de autopreservação é uma lei natural. Outra consequência da lei natural é que nenhum súdito se obriga mais face a um soberano incapaz, sem condições de garantir a segurança, HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 105.

se entende, contudo, somente a preservação da vida, mas também a possibilidade de usufruto das comodidades que ela oferece⁵⁰⁵:

“A tarefa do soberano, seja ele um monarca ou uma assembleia, consiste na finalidade para o qual lhe foi confiado o soberano poder, a saber, a obtenção da ‘segurança do povo’; a qual ele está obrigado pela lei de natureza, e deve prestar contas a Deus, autor dessa lei, e a ninguém mais. Mas por segurança aqui não se quer dizer meramente preservação, mas também outras comodidades da vida, as quais todos os homens, por labor legítimo, sem perigo ou dano ao Estado, deve adquirir para si.”⁵⁰⁶

A lei civil, para HOBBS possui um traço fundamental, que distinguiu sua teoria das anteriores, sobretudo pela incisividade de sua formulação: *Sed auctoritas, non veritas, facit legem*⁵⁰⁷. Ela é definida da seguinte maneira:

"A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra."⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ HÖFFE, Otfriede. „Sed auctoritas, non veritas, facit legem“; Zum Kapitel 26 des Leviathan. In: KERSTING, *op. cit.*, p. 202; SORELL, Tom. The Burdensome Freedom of Sovereigns. In: SORELL, Tom; FOISNEAU, Luc (Org.). *Leviathan after 350 Years*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁵⁰⁶ HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 153, no original: "The office of the sovereign, be it a monarch or an assembly, consisteth in the end for which he was trusted with the sovereign power, namely, the procuration of 'the safety of the people'; to which he is obliged by the law of Nature, and to render an account thereof to God, the author of that law, and to none but Him. But by safety here, is not meant a bare preservation, but also all other contentments of life, which every mall by lawful industry, without danger or hurt to the commonwealth, shall acquire to himself".

⁵⁰⁷ HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 125.

⁵⁰⁸ HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, p. 123, no original: "'Civil law', is to' every subject, those rules, which the commonwealth hath commanded him, by word, writing, or other sufficient sign of the will, to make use of, for the distinction of right and wrong; that is to say, of what is contrary and what is not contrary to the rule."

A lei, vontade do soberano, inaugura o sistema jurídico da sociedade civil, definindo o que é justo e injusto, direito e não-direito. Na perspectiva interna, normativa, inexistente um critério de justiça acima da decisão do soberano, e, conseqüentemente, não há lei em si boa ou ruim: todas as leis são boas, pois emanam do soberano. Apesar disso, estas podem ser avaliadas também por uma outra perspectiva, a da instrumentalidade política. Quanto mais a lei favorecer o poder do soberano, a segurança do povo e do Estado, melhor ela é⁵⁰⁹. Apenas sobre esse critério pode ela ser considerada boa ou ruim, e HOBBS não se abstém de tecer considerações acerca daquilo que faz as leis serem melhores ou piores.

Fica claro que o objetivo de HOBBS é, além de justificar a existência e consolidação do poder do Estado como poder independente – através de sua teoria da soberania – apresentar a fundamentação teórica exigida à existência e, igualmente, ao exercício desse poder, a qual parte do homem em direção à sua saída do estado de natureza, isto é, em direção à formação da sociedade civil por meio do contrato social. Sem segurança, sem um poder consolidado, não é possível pensar na efetividade da liberdade e, posteriormente, como veremos em LOCKE e KANT, direitos humanos inalienáveis, que então o soberano deverá respeitar. Em meio às guerras civis e desordem o homem encontra-se abandonado, não sendo capaz de se preocupar senão com a sua própria sobrevivência. A partir do terror inspirado pelo Leviatã, o homem adquire liberdade, ele pode tudo fazer, desde que não ameace isto que é condição de possibilidade de seu exercício: o Estado.

Nessa perspectiva, soberania e liberdade não mais são antíteses, mas suprassumem-se no Estado – sem o Estado não há liberdade, há natureza e

⁵⁰⁹ HOBBS, *Leviathan...*, cit., p. 142; KERSTING, *Vertrag, Souveränität, Repräsentation...*, cit., in: *op. cit.*, p. 187.

determinação. Evidentemente ainda não foi possível pensar conceitualmente numa liberdade maior que esta abstrata, que já permite ao homem agir sem o medo da morte, mas, por outro lado, sujeita-o, como indivíduo, completamente ao arbítrio do soberano, sendo desaconselhado por HOBBS, inclusive, qualquer espécie de direito de resistência política – exceto quando a alma do Estado já está dissolvida.

Superada a fase da soberania como arbítrio, essa, vez que é liberdade de autodeterminação de um povo, passará a enfrentar a sua antítese, qual seja, o arbítrio de um ou de poucos – no caso da soberania ser exercida por um conselho, como um parlamento – a determinar o destino do Estado. A partir de determinações concretas essa vontade será limitada, condicionada ou conduzida por e ao encontro da vontade daqueles que por ela serão afetados.

4.3. SOBERANIA CONCRETA: AUTODESDOBRAMENTO (SELBSTENTFALTUNG) DA LIBERDADE NA HISTÓRIA E A DIALÉTICA DO RECONHECIMENTO

A teoria da soberania, depois de alcançar tal patamar de desenvolvimento teórico com BODIN e HOBBS, torna-se ponto de referência nas Ciências Jurídicas e Políticas, e toda a discussão do constitucionalismo – ao menos em sua vertente inauguradora, de índole liberal – será buscar a compatibilidade entre o poder exercido pelo soberano, seja na figura do soberano, que exerce um ofício, seja na própria figura do Estado – rumo tomado pelo Direito com os grandes autores da soberania, cujo destaque é o publicista alemão JELLINEK, mas também GERBER, LABAND, CARRÉ DE MALBERG, CROSA, entre outros⁵¹⁰ – e as limitações a este poder, excessivamente teológicas, por parte de BODIN, e insuficientemente centrada na idéia de auto-defesa e preservação da vida, sem limites definidos, em HOBBS.

⁵¹⁰ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

Do ponto de vista filosófico, a teoria da soberania e do contrato social caminharam *pari passu*, tematizada, entre outros, por LOCKE⁵¹¹, ROUSSEAU⁵¹² e KANT⁵¹³, na busca de centrar a soberania, respectivamente, nas figuras do povo (soberania popular), da “maioria”, expressa como *volonté général*, ou da autonomia, com a superação da menoridade (*Mündigkeit*), liberdade e capacidade de se dar leis racionais que, em última instância, levaria à paz perpétua. Não cabe nos limites deste trabalho, porém, apresentar toda a descrição do movimento de limitação filosófica e jurídica da soberania – principalmente em sua faceta interna. Como salientamos, tal se deu principalmente com o desenvolvimento do constitucionalismo, que, aliás, a partir da teoria do poder constituinte, condiciona o exercício do poder absoluto e soberano do povo apenas a este momento específico, vale dizer, quando este alça o patamar de poder constituinte *originário*. É dizer, como poder *constituído*, o povo, seja diretamente ou por meio de seus representantes, encontra limites formais, materiais e temporais para modificação das normas constitucionais, atingindo-se o cerne da soberania: o poder de estabelecer e revogar as leis.

Também foi levantada, como uma oposição interna à teoria da soberania, a questão de sua titularidade. Nos termos do art. 3º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, a soberania reside, especialmente, na *nação*, sulfragando a tese da soberania popular, geralmente posta em oposição à Teoria

⁵¹¹ NEUENSCHWANDER, *História semântica do conceito de soberania...*, cit., p. 38.

⁵¹² “Je dis donc que la souveraineté n’étant que l’exercice de la volonté générale ne peut jamais s’aliéner, & que le Souverain, qui n’est qu’un être collectif, ne peut être représenté que par lui même; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté”, ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social; ou principes du Droit Politique*. Amsterdam: Marc Michel Reys, 1763, p. 31.

⁵¹³ KANT não chega a tematizar especificamente a soberania do Estado, mas pelo seu sistema é claro que liberdade é liberdade de se dar normas.

do Estado inaugurada por JELLINEK⁵¹⁴. Porém, afiliamo-nos à constatação de REALE, para quem o problema é uma pergunta mal-colocada, pois

“em verdade, como os próprios teóricos da soberania nacional reconhecem, o povo só é capaz de manifestar legalmente asua vontade na medida e enquanto se organiza em Estado, isto é, enquanto é elemento constitutivo ou, como preferem outros, órgão do Estado. Ora, dizer que a soberania legal é do povo ou da Nação juridicamente organizada é dizer, pura e simplesmente, que a soberania é do Estado, ou então, do Estado capaz de determinar por si mesmo a esfera de exercício de seu poder de dar ordens incondicionadas”⁵¹⁵.

Logo, a soberania é do Estado, pois o povo⁵¹⁶ sem essa organização não tem poder de decisão. Só pode ser exercida, contudo, por e para o povo, pois, caso contrário, a se valer de violência e opressão, certamente não será legítima.

Interessa-nos apresentar a teoria da soberania como afirmação da liberdade na história, mas, principalmente, do ponto de vista da soberania *externa*. Três razões justificam a nossa escolha, ressaltando-se que se trata de uma opção metodológica, pois ontologicamente a soberania e a liberdade, interna e externa, são apenas uma.

A primeira razão é que a afirmação da soberania interna como expressão da liberdade já foi suficientemente tratada pelas teorias do Direito Constitucional, da tradição constitucionalista. A segunda é que se observa, quanto à soberania externa, uma enorme modificação na relação entre os Estados, aprofundada com o fenômeno da globalização a partir da segunda metade do século XX e, principalmente, após a Guerra Fria, já na chegada do século XXI. Por

⁵¹⁴ JELLINEK, Georg. *Allgemein Staatslehre*. 3. Ed. Berlin: von Häring, 1914, p. 475.

⁵¹⁵ REALE, *Teoria do Direito e do Estado...*, cit., p. 163.

⁵¹⁶ Sobre o conceito de povo, v. JUNG, Katja. *Volk – Staat – (Welt-) Gesellschaft: Zur Konstruktion und Rekonstruktion von Kollektivität in einer globalisierten Welt*. Wiesbaden: Vs Verlag, 2010.

fim, a terceira razão é a tensão que se verificou entre a soberania externa e os direitos humanos, no plano global, de um lado a afirmar e garantir a independência dos países, sendo expressão dessa soberania externa o princípio do direito internacional da não-interferência em assuntos internos e a liberdade de autodeterminação dos povos; por outro, a necessidade gerada de implementação de normas globais relativas aos direitos humanos – tanto com fundamento na crescente consciência em se fazerem valer os direitos humanos individuais e coletivos, como igualmente por necessidade de se limitar os efeitos a terceiros de práticas e decisões tomadas internamente pelos países, como no caso dos direitos relacionados à proteção do meio-ambiente, da cultura, da economia, do trabalho, entre outros.

Se do ponto de vista jurídico a soberania fora conceituada como poder não-derivado, supremo, absoluto, indivisível e perpétuo, cuja maior expressão é, no âmbito interno, a capacidade de sempre se modificar o direito positivo – ainda que se tenha que recorrer a um novo poder constituinte originário – e, no âmbito externo, de declarar a guerra e celebrar a paz, uma percepção mais profunda, filosófica, forjada levando-se em consideração a perspectiva histórica, e incorporada pelo Direito, é que a *soberania* é um *ato de autoafirmação de um povo como livre*, inicialmente não se reconhecendo submetida a qualquer outro poder, e, assim, determinando-se, internamente, pela constituição e leis, e perante os demais povos como povo independente.

É HEGEL quem nos brinda com um *conceito dialético-especulativo de soberania*, que articula as idéias de povo, Estado e poder numa concepção sistêmica e imanente na história. Em sua *Filosofia do Direito*, a autodeterminação do povo organizado em Estado abre-se especulativamente à liberdade perante o tribunal da história, única capaz de julgá-la.

Se o reconhecimento está na base do fenômeno jurídico, questão atual e relevante é como esta dialética se dá para além do Estado, vale dizer, na comunidade de Estados. Com isto não se quer por em dúvida, advirta-se, a prescindibilidade do Estado Democrático de Direito para a fruição dos direitos, ou, ainda, de seu papel ativo para a garantia e continuidade de um reconhecimento mais amplo e abrangente em marcha. A pergunta que, dado o atual contexto, não pode ser olvidada, e, ainda, mostra-se de extrema pertinência para este trabalho, uma vez que se pretende afirmar o direito contemporâneo como um sistema universal de direitos humanos e fundamentais, é como se opera o reconhecimento no sistema internacional, indagação que mereceu já a atenção de HEGEL.

HEGEL dedicou do §321 ao §329 da *Filosofia do Direito* ao problema soberania externa, tratando da soberania interna anteriormente, quando explicita os poderes do Estado (§278 *et seq.*), e, igualmente importante, subsequentemente a esse tópico, o *direito estatal externo*, ou seja, do Direito Internacional como a medida de razão nas relações interestatais (§§330 a 340).

Em primeiro plano, salienta-se que a individualidade do Estado, como ser-para-si, aparece como relação a outros Estados, sendo cada qual independente diante dos outros, e o *Dasein* do ser-para-si do espírito efetivo – o Estado – é a primeira liberdade e a suprema honra de um povo⁵¹⁷, como afirma o filósofo. Esta relação entre Estados, salienta HEGEL, que aparece no *Dasein* como uma relação negativa de um outro com um outro, e tal qual o negativo fosse algo externo, tem a sua existência na forma de acontecimentos e mistura de eventos contingenciais,

⁵¹⁷ “Die Individualität als ausschließendes Für-sich-sein erscheint als Verhältnis zu anderen Staaten, deren jeder selbständig gegen die anderen ist. Indem in dieser Selbständigkeit das Für-sich-Sein des wirklichen Geistes sein Dasein hat, ist sie die erste Freiheit und die höchste Ehre eines Volkes”, HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 478-9, [§322].

que vem de fora. Porém, na verdade, isso é o momento próprio, da substância mesma do Estado, que se coloca como força absoluta contra todo o singular e particular, contra a vida, a propriedade e seu direito, como contra os demais círculos, demonstrando ao ser-aí e à consciência que nada são⁵¹⁸.

Todo esse sacrifício – que é constante ao se examinar as infundáveis guerras que assolaram e assolam o mundo⁵¹⁹ – é o sacrifício contingencial para a preservação da essência do ético, que se dá no Estado, o que, em passagem geralmente incompreendida, HEGEL denomina como “momento ético da guerra” (das *sittliche Moment des Krieges*). Os que temem a morte para preservarem a sua liberdade acabam perdendo-a com a vida, pois a sua liberdade já morre com o temor da morte⁵²⁰. Por isso é importante a coragem do indivíduo, mas não a coragem individual ou particular, de inclusive colocar a sua vida em risco, pois que também as têm o ladrão e o aventureiro, mas aquela cuja finalidade é a subsistência do ético universal presente no Estado⁵²¹.

HEGEL reconhece o direito estatal como possuindo a forma de um dever-ser, conforme o texto do §330 da *Filosofia do Direito*: “O direito estatal externo advêm das *relações* de Estados independentes; o que é *em-si e para si*, recebe conseqüentemente a forma de um *dever-ser*, pois, que ele é soberano baseia-se em

⁵¹⁸ HEGEL, *Grundlinien...*, *cit.*, p. 479 [§323].

⁵¹⁹ Vale notar que é a primeira vez, na história da Europa moderna, que se observa um período de paz duradouro – quase já 70 anos desde o fim da segunda-guerra mundial – em que não há conflitos, ao menos, entre países europeus. Pois, de outro lado, as intervenções internacionais promovidas por países europeus, seja de forma independente ou em conjunto, sobretudo por meio da OTAN, foram e continuam a acontecer.

⁵²⁰ HEGEL, *Grundlinien...*, *cit.*, p. 479-81 [§324]. HEGEL é, pois, um realista, e, assim, assume aqui posição coerente com a já afirmada na *História da Filosofia*, onde deixa claro que a história não é o palco da felicidade, mas, ao contrário, o altar onde é imolada a sorte dos povos. Os períodos felizes são as páginas em branco, em que inexistente oposição, apenas acordos. HEGEL, *Filosofia da História*, *cit.*, p. 30.

⁵²¹ HEGEL, *Grundlinien...*, *cit.*, p. 479-81 [§324].

distintas e soberanas vontades"⁵²². A natureza desse direito entre Estados possui para o filósofo alemão a natureza de contratos (*Verträgen*), da mesma forma que os contratos existentes na sociedade-civil burguesa, exceto pela menor multiplicidade de matéria, visto que os indivíduos singulares encontram-se em situação de mútua dependência, enquanto os Estados independentes são sobretudo totalidades que se satisfazem dentro de si⁵²³. A discussão sobre a validade de tal afirmação, para a contemporaneidade jurídica, não se encontra nos limites desse trabalho, porém, digno de nota é o reconhecimento hegeliano do *pacta sunt servanda* como princípio fundamental do direito das gentes, cuja observância, como dever-ser, repousa numa vontade particular, necessariamente afetada pela contingência⁵²⁴.

Até aqui, o que foi apresentado não difere substancialmente da doutrina clássica acerca da natureza do Direito Internacional, que vê na manifestação da vontade estatal sua fonte primária. Nada obstante, há dois aspectos do direito internacional abordados por HEGEL que permitem a abertura a uma concepção mais ampla do fenômeno: a necessidade de *reconhecimento* e o *bem-estar* dos Estados.

No §331, HEGEL apresenta o seguinte:

“um Estado é conseqüentemente uma independência soberana (*in souveräner Selbständigkeit*)⁵²⁵. Para ser *para o outro*

⁵²² “Das äußere Staatsrecht geht von dem *Verhältnisse* selbständiger Staaten aus; was *an und für sich* in demselben ist, erhält daher die Form des *Sollens*, weil, daß es wirklich ist, auf *unterschiedenen souveränen Willens* beruht”, HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 485 [§330].

⁵²³ HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 487 [§332].

⁵²⁴ HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 487-8 [§333].

⁵²⁵ Na tradução elaborada por PAULO MENESES e outros [HEGEL, G.W.F. *Filosofia do Direito*. Trad. Paulo Meneses *et al.* São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010, p. 301] preferiu-se traduzir a expressão por “autonomia soberana”, o que é uma opção válida. Porém, o substantivo é formado pela junção de *Selbst*, que significa por si, *de per se*, e *stand*, pretérito do verbo *stehen*, que significa permanecer, ficar de pé. Preferimos, então, independência, pois autonomia se refere àquele que se dá suas próprias normas, e a idéia

como tal, isto é, *ser por ele reconhecido*, é a sua primeira legitimação (*Berechtigung*). Mas essa legitimação é apenas formal, e a exigência desse reconhecimento do Estado, meramente porque ele tal o seja, é abstrata; se ele de fato ele é uma existência em si e para si, depende de seu conteúdo, Constituição (*Verfassung*) e situação, e do reconhecimento, como uma identidade, enquanto contêm uma identidade de ambos, baseia-se igualmente na perspectiva e vontade do outro⁵²⁶.

Do parágrafo acima depreende-se que um Estado, para ser reconhecido, não lhe basta a mera exigência formal. O ato de reconhecimento dependerá de sua materialidade efetiva, de sua Constituição; tudo isso, entretanto, ainda repousará na vontade do outro Estado. Evidentemente, a potência de uma existência poderá se constituir como garantia irremediável do reconhecimento do Estado, tal qual a famosa frase de Napoleão, diante da paz de Campoformio, colacionada por HEGEL: “A República Francesa não precisa de qualquer reconhecimento, tal qual o sol não precisa para ser reconhecido”⁵²⁷.

HEGEL esclarece ainda seu pensamento:

“Assim como o individuo não é uma pessoa efetiva sem a relação com outras pessoas (§ 71 e outros), assim tampouco o Estado é um indivíduo efetivo sem a relação com outros

de ficar de pé por si só, pensamos, está mais próxima de independe, apesar de que o correspondente alemão, no caso, seria o termo *unabhängig. Selbständigkeit* é, portanto, substantivo que não pode ter sua semântica reduzida nem a independência nem a autonomia.

⁵²⁶ HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 486 [§331], „ein Staat ist folglich gegen den andern in souveräner Selbständigkeit. Als solcher *für den andern* zu sein, d. i., von ihm *anerkannt zu sein*, ist seine erste absolute Berechtigung. Aber diese Berechtigung ist zugleich nur formell, und die Forderung dieser Anerkennung des Staats, bloß weil er ein solcher sei, abstrakt; ob er ein so an und für sich Seiendes in der Tat sei, kommt auf seinen Inhalt, Verfassung, Zustand an, und die Anerkennung, als eine Identität beider enthaltend, beruht ebenso auf der Ansicht und dem Willen des Andern“.

⁵²⁷ “Die französische Republik bedarf keiner Anerkennung, sowenig wie die Sonne anerkannt zu werden braucht“, HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 486-7 [§331].

Estados (§ 322). A legitimidade de um Estado, e mais precisamente, na medida em que ele está voltado para fora, seu poder de príncipe é, por uma parte, uma relação que se vincula totalmente *para dentro* (um Estado não deve se imiscuir nos assuntos internos de outro), - por outro lado, é preciso e essencial que ela [a legitimidade] se torne *completada* pelo reconhecimento dos outros Estados. Mas esse reconhecimento exige a garantia de que ele reconheça igualmente os outros [Estados], que devem reconhecê-lo, isto é, de que eles sejam respeitados em sua independência e, com isso, não lhe pode ser indiferente o que ocorre em seu interior.”⁵²⁸.

Ora, apesar do Estado ser uma totalidade em-si, não se encontra isolado no mundo, mas inserido numa sociedade de Estados, como individualidade cujo *Dasein* passa pela abertura ao outro. Não há povos autóctones, que se constituem em Estado, aptos a desdobrarem suas potencialidades ao longo da história sem estabelecer laços de interação, tanto de carácter ideológico como material.

HEGEL salienta, especialmente no que tange à validade dos tratados, que sua vontade é uma vontade particular, face a outros Estados independentes, e o conteúdo dessas vontades, no todo, é exatamente o seu bem-estar em geral:

“assim é essa a lei suprema de sua relação com outros Estados, tanto mais que a idéia do Estado é exatamente que nela a oposição entre o direito enquanto liberdade abstrata e o conteúdo particular que a preenche, o bem-estar, seria

⁵²⁸ HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 486-7 [§331], „Sowenig der Einzelne eine wirkliche Person ist ohne Relation zu anderen Personen (§ 71 u. sonst); so wenig ist der Staat ein wirkliches Individuum ohne Verhältnis zu anderen Staaten (§ 322). Die Legitimität eines Staats und näher, insofern er nach außen gekehrt ist, seiner fürstlichen Gewalt, ist einerseits ein Verhältnis, das sich ganz *nach innen* bezieht (ein Staat soll sich nicht in die inneren Angelegenheiten des anderen mischen) – andererseits muß sie ebenso wesentlich durch die Anerkennung der anderen Staaten *vervollständigt* werden. Aber diese Anerkennung fordert eine Garantie, daß er die anderen, die ihn anerkennen sollen, gleichfalls anerkenne, d. i., sie in ihrer Selbständigkeit respektieren werde, und somit kann es ihnen nicht gleichgültig sein, was in seinem Innern vorgeht”.

suprassumida, e o primeiro reconhecimento dos Estados (§331) dirige-se a ela enquanto totalidade *concreta*⁵²⁹.

Na *Enciclopédia* de 1830, escrita, portanto, depois da *Filosofia do Direito*, HEGEL afirma o seguinte sobre o *direito político externo*:

“Pelo estado de guerra, põe-se em jogo a autonomia dos Estados, e segundo um lado se efetua o reconhecimento recíproco das livres individualidades dos povos (§430), e pelos *acordos e paz*, que devem durar eternamente, fixam-se tanto esse reconhecimento universal, quanto as autorizações particulares que os povos se dão uns aos outros. O *direito político externo* repousa, de uma parte, nesses tratados positivos, mas nessa medida contém só direitos a que falta verdadeira efetividade (§545); de outra parte, [repousa] sobre o que se chama *direito das gentes*, cujo princípio universal é o *ser-reconhecido* pressuposto dos Estados, e portanto limita suas ações – que de outro modo seriam ilimitadas – umas em relação às outras, de forma que fique a possibilidade da paz; [direito] que também distingue do Estado os indivíduos enquanto pessoas privadas, e que de modo geral repousa nos costumes [ethos]”⁵³⁰.

Conclui HEGEL, sobre a soberania externa, ressaltando a importância do reconhecimento, que mesmo na guerra, mesmo diante de toda ausência de direito, perante a toda a violência e contingência, permanece o laço entre os Estados, a estipular a transitoriedade da guerra e resguardar a possibilidade de paz, a salvaguarda dos embaixadores, de instituições internas e civis. HEGEL certamente não presenciou a chamada guerra-total, mas, na história dos Estados essa é uma exceção. Inexistindo maior círculo possível que a sociedade de Estados, só aparece

⁵²⁹ HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 489 [§336]: „so ist dieses das höchste Gesetz in seinem Verhalten zu anderen, um so mehr, als die Idee des Staats eben dies ist, daß in ihr der Gegensatz von dem Rechte als abstrakter Freiheit und vom erfüllenden besondern Inhalte, dem Wohl, aufgehoben sei und die erste Anerkennung des Staaten (§ 331) auf sie als *konkrete* Ganze geht“.

⁵³⁰ HEGEL, *Enciclopédia das Ciências Filosóficas...*, v. III, cit., p. 320 [§ 547].

como superior a ela a própria história do mundo, tribunal que julga os vencedores e vencidos⁵³¹.

VOSGERAU sustenta que o fundamento de validade do direito é a *dependência de reconhecimento (Angewiesenheit auf Anerkennung)*, de natureza factual e psicológica – não se calcando, portanto, numa pretensa norma fundamental ou numa mera faticidade, cuja contingência deixa sempre em aberta a questão de se se trata de uma situação de legitimidade, isto é, de circunstâncias de reconhecimento válido – seja no âmbito do Direito Internacional como no do direito interno, com a diferença de que, mesmo quando homens cometem graves violações à dignidade de outrem, mantem-se o seu reconhecimento como tal, enquanto, em relação aos Estados, estes não têm a sua existência independentemente em-si, mas formam, em conjunto, a mais larga *sociedade* possível, que é a sociedade de Estados⁵³²:

“Sua qualidade de Estado repousa apenas no reconhecimento através da sociedade de Estados. Estados observam, em geral, o Direito Internacional porque eles querem e precisam ser reconhecidos pelos outros Estados, especialmente considerando que, a longo prazo, as desvantagens políticas do enfraquecimento ou total negativa de reconhecimento podem ser, geralmente, muito maior que aquela vantagem tática alcançada através da infringência do Direito Internacional”⁵³³.

⁵³¹ HEGEL, *Grundlinien...*, cit., p. 490-1 [§338-40].

⁵³² VOSGERAU, *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft ...*, cit., p. 24.

⁵³³ VOSGERAU, *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft ...*, cit., p. 25, no original: “Seine Staatsqualität beruht allein auf der Anerkennung durch die Staatengemeinschaft. Staaten halten sich im allgemeinen an das Völkerrecht, weil sie von anderen Staaten anerkannt werden wollen und müssen, zumal die langfristigen politischen Nachteile einer nachlassenden oder ganz versagten Anerkennung im allgemeinen viel größer sein dürften als jeder durch einen Bruch des Völkerrechts zu erreichende taktische Vorteil” (Tradução livre).

SALGADO igualmente retoma a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais pela sociedade de Estados como meio necessário para que se dê a imprescindível efetivação da justiça no mundo contemporâneo – entendida como fruição dos valores fundamentais da cultura, erigidos como direitos fundamentais – para todos os seres humanos⁵³⁴:

“Não pode ser concebida como justa uma sociedade, por mais que atenda à exigência de efetividade da justiça – portanto nas suas dimensões denominadas sociais –, tomada isoladamente, isto é, se outras sociedades ou povos não a realizam entre seus membros. Não é justa a sociedade alemã, francesa, italiana, estadunidense, etc., se abstratamente consideradas, ou seja, sem se considerarem inseridas na totalidade da humanidade, portanto, como parceiros da Namíbia, de Biafra, Congo, das favelas do Brasil, etc. Não são pois justas aquelas sociedades sem se levar a efeito uma globalização jurídica”⁵³⁵.

Para tanto, a sugestão de SALGADO é a formação de um sistema de compensação, com a instituição de um fundo internacional, através do qual os países desenvolvidos financiem o desenvolvimento dos demais, até que possam alcançar condições mínimas, materiais e culturais, pois, como adverte⁵³⁶,

“A menos que se não considerem povos diferentes dos europeus como pertencentes à mesma espécie humana, ou que haja raças inferiores e que as situações dos Estados desenvolvidos não são contingenciais, não há como não reconhecer o direito igual de todos os homens à riqueza socialmente produzida pela humanidade”⁵³⁷.

Trata-se, certamente, de passo fundamental, necessário para que a miséria que acomete o mundo seja debelada. Sem perder de vista a

⁵³⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 257-8.

⁵³⁵ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 258.

⁵³⁶ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 259.

⁵³⁷ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 259.

imprescindibilidade do vetor solidariedade no âmbito de um sistema global, acreditamos, igualmente, que o fortalecimento dos sistemas regionais de direitos humanos fundamentais faz parte deste processo.

No mesmo sentido, afirma PINTO COELHO:

“Enquanto *re-conhecimento* do outro, do diferente, como igualmente digno, os Direitos Humano-Fundamentais constituem elemento fundamental da Justiça como um ideal realizável de alteridade, no plano de uma sociedade inclusiva. Os Direitos Humano-Fundamentais encontram na dialética do reconhecimento a sua base ontológica”⁵³⁸.

É sem perder de vistas o desenvolvimento dessa dialética do reconhecimento, que se estende da formação do Estado para o reconhecimento entre Estados, no seio da comunidade internacional, que examinaremos, tendo em vista o conteúdo historicamente desenvolvido, como o direito se constituiu, na contemporaneidade, num sistema de proteção aos direitos humanos e fundamentais.

Se tal percepção complexa da soberania fora albergada por HEGEL, ela só pôde ganhar efetividade quando, pelas necessidades históricas que emergiram no século XX, acabaram por reivindicar a superação da teoria jurídica e política no que tange à soberania externa. De um lado, o Direito Internacional, incipiente, muitas das vezes sequer reconhecido como *Direito*, face à falta de mecanismos internacionais jurídico para fazer valerem as suas normas, precisou ser efetivamente integrado à Teoria Geral do Direito, o que ocorreu a partir do embate entre teorias monistas e dualistas do Direito. Em relação à política, a teoria e *praxis* centraram-se, até a Segunda-Guerra-Mundial, na figura do Estado-Nação, deixando pouca margem decisional a uma esfera de poder que se localizasse

⁵³⁸ PINTO COELHO, Reconhecimento, Experiência e Historicidade..., cit., in: *op. cit.*, p. 17.

acima de cada um destes, numa concepção atomizada de comunidade internacional. Tal compreensão não se sustentou mais diante do fenômeno da globalização, e, como corolário, a planetarização do direito. É exatamente o que se passa a examinar no próximo capítulo.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA CLÁSSICA PELA RECEPÇÃO DA ORDEM INTERNACIONAL

5.1. A fratura na teoria da soberania: a polêmica entre Kelsen e Schmitt

A Teoria da soberania alemã caminhou progressivamente à formação de uma *Allgemein Staatslehre* que, no século XX, foi responsável por elaborar a proposta de um Estado jurídico, no qual a soberania, seguindo o caminho teórico traçado por HEGEL, encontra-se no Estado, e não em uma pessoa ou órgão específico. GERBER e JELLINEK apontaram uma soberania do Estado que, devido aos avanços do constitucionalismo, contrariaram explicitamente as primeiras teorias da soberania, e, como regra geral, não aceitavam a limitação desta. A soberania será compreendida exatamente como o poder do Estado de se autolimitar, caracterizando-se como a capacidade exclusiva de autolimitação, afastando, conseqüentemente, toda ingerência externa na elaboração das normas jurídicas. LABAND afirma, por conseguinte, que soberano é aquele sobre o qual não recaia nenhum outro poder de vinculá-lo através de normas jurídicas:

“É incontroverso que deve haver um poder superior e elevado, que não esteja submetido a qualquer poder na terra, que na verdade é a potestas suprema. O critério do maior e mais elevado poder reside em que apenas ele mesmo poder se determinar e não receber de nenhum outro poder prescrições jurídicas obrigatórias. Disso resulta com necessidade lógica que a soberania é ilimitável e conseqüentemente indivisível”⁵³⁹.

⁵³⁹ LABAND, Paul. *Deutsches Reichsstaatsrecht*. Tübingen: Mohr, 1919, p. 18, no original: “Es ist unbestritten, dass es eine oberste und höchste Gewalt geben muss, die keiner anderen irdischen Gewalt unterworfen ist, die in Wahrheit die potestas suprema ist. Das Kriterium der obersten, höchsten Gewalt besteht darin, dass sie nur sich selbst bestimmt und von keiner andern Gewalt rechtlich verpflichtende Vorschriften empfangen kann. Hieraus ergibt sich aber mit logischer Notwendigkeit, dass die Souveränität unbeschränkbar und folglich auch unteilbar ist” (Tradução livre).

KRABBE, considerado precursor da doutrina positivista-normativista de HANS KELSEN, afirmará que toda soberania só pode ser soberania jurídica: “Nós não vivemos mais sob o governo de pessoas, sejam elas naturais ou construídas (pessoa jurídica), mas sob o governo de normas, forças espirituais. Nisso revela-se a moderna idéia de Estado”⁵⁴⁰.

Foi, entretanto, com KELSEN e sua *Teoria Pura do Direito*, que se pensou o Estado esvaziado de politicidade e concebido essencialmente como uma estrutura jurídica, a partir de um sistema escalonado de normas, a retirar seu fundamento último de validade da *Grundnorm*. Muito se tem escrito sobre a teoria kelseniana, e não cabe, no espaço desta Tese, aprofundar o estudo sobre a vasta literatura e horizontes interpretativos. Interessa-nos um ponto específico do pensamento do filósofo de Viena, sobre a soberania, que encontrará seu contraponto em CARL SCHMITT, jusfilósofo igualmente polêmico e fundamental no desenvolvimento do Direito ao longo do século XX e XXI.

Se, de um lado, KELSEN defendeu a soberania como conceito jurídico, SCHMITT trouxe à luz exatamente o problema de tal proposta: a presença, na realidade política e jurídica, do chamado *estado de exceção*, que permite ao detentor do poder político se desvincular do sistema jurídico e decidir sem os tradicionais vínculos normativos, os quais, em regra, condicionam e limitam a tomada de decisão. Este que detêm tal poder será, para SCHMITT, o verdadeiro soberano, capaz de utilizá-lo quando lhe for necessário, sem amarras e condicionamentos.

KELSEN analisou a soberania a partir da sua famosa *Teoria Pura do Direito*, cujo método busca eliminar toda ordem de indagações e argumentos que

⁵⁴⁰ KRABBE, Hugo. *Die Moderne Staats-Idee*. 2. ed. Haag: Martinus Nijhoff, 1919, p. 9, no original: “Wir leben jetzt nicht mehr unter der Herrschaft von Personen, seien es natürliche oder konstruierte (Rechts-) Personen, sondern unter der Herrschaft von Normen, geistigen Kräften. Darin offenbart sich die moderne Staatsidee” (Tradução livre).

não sejam próprios da *Ciência do Direito*, vale dizer, que estejam relacionados a outro campo de conhecimento, tal qual a Sociologia e Sociologia Jurídica, Psicologia, Economia, Teoria Política, Teologia, Metafísica etc. Para tanto, KELSEN separa, em primeiro lugar, o âmbito das ciências sociais das ciências da natureza, a última sendo tributária do princípio da causalidade. Logo em seguida, dentro das ciências sociais, distingue-se apenas o fenômeno normativo jurídico, a funcionar pelo princípio da imputação⁵⁴¹. Trata-se de uma teoria do direito positivo, e, enquanto tal, preocupada com a forma e não com o conteúdo, o que KELSEN não nega. Uma leitura que não leve essa premissa em consideração está fadada a interpretações que exageram nas conclusões e consequências da teoria. Por outro lado, é sem dúvida uma postura metafísica a assunção da possibilidade de construção de uma ciência jurídica pura.

Como principal efeito dessa separação, tem-se um recorte abstrato da realidade, capaz de auxiliar o jurista no entendimento do seu objeto, mas impossível de se reputar suficiente à compreensão da realidade jurídica efetiva, pois esta é sim contextualizada, resultado de processos históricos e idéias, e possui um conteúdo material que não pode ser simplesmente reduzido à ideologia, como se não fosse possível construir conhecimento válido sobre este ou, ainda, como se estivesse fora da *Ciência do Direito*, e pertencesse apenas a outras áreas do conhecimento. Aliás, esse é o esforço das chamadas *Geisteswissenschaften*, ou Ciências do Espírito, como demonstra a Hermenêutica. Feito tal alerta, passa-se ao exame da soberania segundo a KELSEN.

Segundo o jusfilósofo, a teoria jurídica, ao longo da história, operou um erro crasso: hipostasiou a figura do Estado e do Direito, como se fossem dois elementos distintos, substancializando o Estado como se fosse objeto do

⁵⁴¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 86-101.

ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que se encontra submetido a ele: é apresentado como sujeito de deveres jurídicos e direitos⁵⁴². Simultaneamente, o Estado foi percebido como produtor da norma jurídica, e submisso à sua criação. Segundo KELSEN, visto retirando-se as questões metafísicas e místicas, o ordenamento jurídico descreve o Estado, e este é, portanto, o próprio ordenamento jurídico⁵⁴³. Tal ideologia serviria para justificar o Estado, inclusive colocando-o o designativo de Estado *de Direito* – porém, todo Estado só pode ser de Direito⁵⁴⁴.

A soberania do Estado foi identificada pelo filósofo como o nó górdio da teoria do direito, onde os seus problemas e contradições ficam mais evidentes, e, assim, exigem uma solução adequada, que será dada pelo seu método positivista-normativista:

“é justamente sob a base de um novo conceito de soberania, identificado com o de norma fundamental e colocado como um pressuposto hipotético, e não como uma categoria que reflete uma realidade factual, que se abre a possibilidade de uma teoria do Direito e do Estado. Dessa forma, diz Kelsen, a soberania se torna expressão da unidade do sistema jurídico

⁵⁴² KELSEN, *Teoria Pura do Direito, cit.*, p. 315.

⁵⁴³ KELSEN, *Teoria Pura do Direito, cit.*, p. 316-21: “Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supraestadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização” (p. 317); mais a frente, conclui KELSEN: “O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica. Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz” (p. 321).

⁵⁴⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito, cit.*, p. 352-5.

(...) ou, ainda, 'o símbolo da pureza do conhecimento científico'⁵⁴⁵.

Em sua *Teoria Pura do Direito*, afirma:

“soberania não é qualquer qualidade perceptível - ou objetivamente cognoscível por qualquer outra forma -, um objeto real, mas é uma pressuposição: a pressuposição de uma ordem normativa com ordem suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior. A questão de saber se o Estado é soberano não pode ser respondida através de uma análise da realidade natural. Soberania não é um máximo de poder real”⁵⁴⁶.

A questão da soberania é saber, portanto, se a ordem estadual é suprema, ou, ainda, se a ordem internacional é “delegada” da ordem estadual, “quando apenas se considera o Direito internacional como válido em relação ao Estado se ele é reconhecido por este”⁵⁴⁷. A questão que se coloca, e permite, assim, antever apenas duas alternativas teóricas, a princípio mutuamente excludentes, é a seguinte: se soberania é atribuída apenas ao sistema legal hierarquicamente mais elevado, ou os ordenamentos jurídicos dos Estados são soberanos, ou estão submetidos ao sistema internacional. Apesar de a resposta ao problema parecer ser exclusiva (ou, ou), KELSEN a responde, do ponto de vista da dinâmica e da norma fundamental do Direito Internacional, de modo surpreendente: se o direito internacional é visto como superior, então a soberania reside nesse sistema de normas; por outro lado, se o Estado é visto como soberano, então isso quer dizer que os Estados estão subordinados apenas ao sistema normativo internacional⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ MAGALHAES, *História semântica do conceito de soberania...*, cit., p. 236.

⁵⁴⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 372.

⁵⁴⁷ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 372.

⁵⁴⁸ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 239-41; “Sovereignty in the sense of international law can mean only the legal authority or competence of a State limited and limitable only by international law and not by the national law of another State”, KELSEN, Hans. The

Em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, escrita já depois da guerra, não há substancial mudança de posição, apenas afirmações mais incisivas. A teoria da soberania é vista, por KELSEN, como parte da ideologia, cabendo ao jurista optar, segundo as sua visão de mundo e preferências políticas, por uma teoria subjetivista, que o jusfilósofo chamará de solipsista e *egoísta* – e que privilegia o imperialismo e o nacionalismo – e uma teoria objetiva, a da primazia do Direito Internacional, a realçar o pacifismo e o internacionalismo⁵⁴⁹.

Já na primeira linha de sua *Teologia Política*, SCHMITT define o soberano, como "aquele que decide sobre o estado de exceção"⁵⁵⁰. Segundo o jurista, somente tal definição pode fazer jus a um conceito limítrofe, e, conseqüentemente ele está associado a casos também limítrofes, e não à rotina, e a decisão no momento de exceção seria uma autentica decisão, no sentido verdadeiro da palavra, pois é ela que rompe com o ordenamento jurídico, com a norma geral que não consegue englobar a exceção⁵⁵¹. SCHMITT identifica a tendência, entre os juristas de seu tempo – e a sua referencia explícita é a KRABBE e KELSEN – de tentar eliminar a soberania nesse sentido, qual seja, como uma decisão sobre a extrema emergência, que coloca em risco a vida do Estado, e cujos detalhes não podem ser antecipados, e, assim, excluída do mundo da vida. Neste ponto, argumenta SCHMITT que a

Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization. In: *The Yale Law Journal*, [s/l], The Yale Law Journal Company, v.. 53, n. 2, Mar., 1944, p. 208, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/792798>>, consultado em 30 de janeiro de 2013. V. SUGANAMI, Hidemi. Understanding Sovereignty through Kelsen/Schmitt. In: *Review of International Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 33, n. 3, jul., 2007, p. 518, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40072190>>, consultado em 30 de janeiro de 2013.

⁵⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 551-6.

⁵⁵⁰ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 13.

⁵⁵¹ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 13-4.

indagação se a exceção pode ou não ser eliminada não é uma pergunta jurídica, mas que depende de convicções filosóficas e metafísicas⁵⁵².

Após tecer breves comentários sobre o famoso art. 48 da Constituição de Weimer, que trata do estado de exceção, SCHMITT afirma que o que caracteriza a exceção é a autoridade, o poder ilimitado, o que significa a suspensão de toda a ordem legal, e, nesse caso, o Estado continua a existir, enquanto o direito desaparece: “porque a exceção é diferente da anarquia e caos, ordem no sentido jurídico continua prevalecendo, mesmo que esta não seja do tipo ordinário”⁵⁵³.

Acidamente contra KELSEN, para quem, como afirmado, Estado é essencialmente uma estrutura jurídica, SCHMITT aponta que a existência do Estado, mesmo no momento de cessar do ordenamento jurídico, é prova de sua superioridade em relação à validade da norma jurídica. Sobre a possível crítica de que a disjunção entre direito e decisão, entre política e direito, operada pela exceção, não tenha significado jurídico, mas apenas sociológico, sustenta SCHMITT que, de fato, a exceção não pode ser subsumida – e ela desafia a codificação geral – mas, nada obstante, revela simultaneamente um elemento especificamente jurídico: a decisão na sua absoluta pureza⁵⁵⁴.

⁵⁵² SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 14: „Aber ob der extreme Ausnahmefall wirklich aus der Welt geschafft werden kann oder nicht, das ist keine juristische Frage. Ob man das Vertrauen und die Hoffnung hat, er lasse sich tatsächlich beseitigen, hängt von philosophischen, insbesondere geschichtsphilosophischen oder metaphysischen Überzeugungen ab“.

⁵⁵³ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 18: „Ist dieser Zustand eingetreten, so ist klar, daß der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt. Weil der Ausnahmezustand immer noch etwas anderes ist als eine Anarchie und ein Chaos, besteht im juristische Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung“.

⁵⁵⁴ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 19.

“Todo o direito é um direito situacional”⁵⁵⁵, sustenta o jurista. Para uma ordem jurídica fazer sentido é necessária a existência de uma situação de normalidade, e, novamente, é ao soberano que cabe a decisão, se tal situação existe ou não:

“a exceção pode ser mais importante que a regra, não por causa de uma romântica ironia por paradoxo, mas porque a seriedade de um *insight* vai mais a fundo que as claras generalizações inferidas daquilo que ordinariamente repete a si mesmo. A exceção é mas interessante que a regra. A regra não prova nada; a exceção prova tudo: ela confirma não só a regra mas também a existência, que deriva somente da exceção. Na exceção o poder da vida efetiva irrompe a crosta do mecanismos tórpido pela repetição”⁵⁵⁶.

SCHMITT declara que não há, na realidade política, como se afirma a partir da abstração definitiva de soberania, um poder supremo e absoluto, ilimitado. E identifica exatamente na ligação entre poder de fato e poder de direito que reside todo o problema da soberania⁵⁵⁷.

Partindo do princípio de pureza metodológica que separa o ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*), KELSEN, nas palavras de SCHMITT, chega ao insurpreendente

⁵⁵⁵ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 19: „Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht. Alles Recht ist „Situationsrecht““.

⁵⁵⁶ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 21: „Ihr kann die Ausnahme wichtiger sein als die Regel, nicht aus einer romantischen Ironie für das Paradoxe, sondern mit dem ganzen Ernst einer Einsicht, die tiefer geht als die klaren Generalisationen des durchschnittlich sich Wiederholenden. Die Ausnahme ist interessanter als der Normalfall. Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles; sie bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik“.

⁵⁵⁷ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 26: „Die Verbindung von faktisch und rechtlich höchster Macht ist das Grundproblem des Souveränitätsbegriffs. Hier liegen alle seine Schwierigkeiten“.

resultado que, da perspectiva da Ciência do Direito, o Estado deve ser puramente jurídico, algo normativamente válido: o Estado não seria mais que o próprio ordenamento jurídico, concebido como unidade – ele não é, portanto, nem o criador nem a fonte do direito. Tudo o mais que contraria a unidade do sistema hierarquicamente escalonado, baseado em imputações, é excluído da teoria sob o título de “impureza”, e assim KELSEN haveria resolvido o problema da soberania negando-o: “O resultado da sua dedução é que o conceito ‘de soberania deve ser radicalmente represado’. Esse é de fato a velha negação liberal do Estado vis-à-vis o direito e a desconsideração do problema independente da realização do direito”⁵⁵⁸.

De um lado, KELSEN argui que um direito pessoal de comandar é o erro intrínseco da teoria da soberania, na medida em que a premissa é o subjetivismo do comando e, assim, uma negação da ordem jurídica. SCHMITT rebate o argumento:

“Todo pensamento jurídico traz uma idéia jurídica, que em sua pureza não pode jamais tornar-se realidade em outra condição agregada e adiciona um elemento que não pode ser derivado tampouco do conteúdo de ideia jurídica nem do conteúdo de uma norma jurídica positiva que deve ser ali aplicada. Toda decisão jurídica concreta contém um momento de indiferença da perspectiva do conteúdo, porque a decisão jurídica não é derivável em seu último detalhe às suas premissas, e porque as circunstâncias que requerem a decisão continuam independentemente determinando o

⁵⁵⁸ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., 30: “Kelsen löst das Problem des Souveränitätsbegriffs dadurch, das er es negiert”. KRABBE, segundo SCHMITT, adentra pelo mesmo caminho, afirmando que, em sua teoria da soberania, o que é soberano é o direito, e não o Estado: a moderna idéia de Estado seria a substituição da força pessoal do príncipe ou da autoridade pela força espiritual: “nos não mais vivemos sob a autoridade de pessoas, sejam elas naturais ou artificiais (jurídicas), mas sob o império do direito, força espiritual. Essa é a essência da moderna idéia de estado”, KRABBE, *Die moderne Staatsidee*, 2. ed., Haag, 1919, p. 39, apud SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 30.

momento (...) Que a idéia jurídica não pode se efetivar independentemente é evidente a partir de que ela não diz nada sobre quem deve aplicá-la. Em toda transformação há presente uma *auctoritatis interpositio*.”⁵⁵⁹

Trata-se, portanto, não apenas de se contrapor à corrente normativista que se destaca, mas uma séria crítica aos seus fundamentos. Operando num plano de elevadíssima abstratividade, ela descola-se da realidade e perde o contato com o fenômeno jurídico tal qual ele é efetivamente, e, como destacado, em cujo centro encontra-se sempre uma decisão. O direito só pode ser pensando diante de uma dada situação, de um contexto, e diante de uma autoridade, com poder, para decidir sobre a aplicação da norma. Neste ponto a teoria normativista deixa a desejar⁵⁶⁰.

Relacionando à *Habilitationsschrift*, de 1914, intitulada *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, à tese da soberania esposada na *Teologia Política*, FRANCO DE SÁ aponta elementos fundamentais à compreensão da posição schmittiana. Desde a citada obra, SCHMITT concorda com os adeptos da corrente normativista com a necessidade de distinguir o exercício regular e arbitrário do direito e do poder, da ordem juridicamente fundamentada da decisão tirânica. Compartilha, ainda, a visão do direito como sendo intrinsecamente racional, mas a

⁵⁵⁹ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 40-1: “Denn jeder Rechtsgedanke überführt die niemals in ihrer Reinheit Wirklichkeit werdende Rechtsidee in einen anderen Aggregatzustand und fügt ein Moment hinzu, das sich weder aus dem Inhalt der Rechtsidee noch bei der Anwendung irgendeiner generellen positiven Rechtsnorm, aus deren Inhalt entnehmen lässt. Jeder konkrete juristische Entscheidung enthält ein Moment inhaltlicher Indifferenz, weil der juristische Schluss nicht bis zum letzten Rest aus seinen Prämissen ableitbar ist, und der Umstand, dass eine Entscheidung notwendig ist, ein selbständiges determinierendes Moment bleibt (...) Dass die Rechtsidee sich nicht aus sich selbst umsetzen kann, ergibt sich schon daraus, dass sie nichts darüber aussagt, wer sie anwenden soll. In jeder Umformung liegt eine *auctoritas interpositio*” (Tradução livre).

⁵⁶⁰ Evidentemente KELSEN não desconhece tal fenômeno, e, inclusive lhe rende alguma consideração – ainda que apenas formal e insuficiente – no famoso capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*.

discordância surge no momento em que, para alcançar esse resultado, os normativistas amputam o momento de decisão, afirmando que uma norma só pode ser validamente fundamentada em outra norma, e não numa vontade, garantindo-se a racionalidade jurídica através da limitação do poder⁵⁶¹.

Nesse ponto, SCHMITT apresenta uma radical crítica, pois o mau, o arbitrário, o poder que invade e ultrapassa o direito é impossível de ser contido: a aplicação e efetivação da norma depende exatamente desse poder e dessa decisão. É por essa razão que os romanos afirmavam ser o direito a arte do justo e do injusto, pois o não-direito está também contido no jurídico, e de diversas formas – e isso não contém qualquer afirmação de irracionalidade ou de arbitrariedade no direito, mas uma descrição daquilo que o fenômeno jurídico contém, presente em cada decisão, mas explicitado de modo claro e evidente na decisão do soberano, a decisão do estado de exceção:

“É então a possibilidade da exceção que constitui a possibilidade da existência da lei, ou seja, que constitui essa mesma lei enquanto lei efectiva e existente. Querer submeter o poder legislador a um segundo poder que tivesse a incumbência de guardar a lei seria, não evitar a possibilidade do arbítrio, mas designar este segundo poder como o único poder propriamente dito, como o poder soberano ao qual se tem de submeter todo e qualquer outro poder. Como escreve Schmitt, nesse mesmo texto, antecipando em quase vinte anos a sua polémica com Kelsen a propósito do "guardião da constituição": ‘Nenhuma lei se pode cumprir a si mesma, são sempre apenas homens que podem ser erigidos a guardiães das leis, e quem não confia ele mesmo nos guardiães, a esse nada ajuda que se lhes volte a dar novos guardiães’”⁵⁶².

⁵⁶¹ FRANCO DE SÁ, Alexandre. Decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o Conceito de Soberania. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, [s/l], Revista Portuguesa de Filosofia, v. 59, n. 1, jan. - mar., 2003, p. 98 et seq, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40337882>>, consultado em 28 de janeiro de 2013.

⁵⁶² FRANCO DE SÁ, Decisionismo à Teologia Política..., cit., in: *op. cit.*, p. 98.

O terceiro capítulo de sua *Teologia Política* será aberto, no estilo schmittiano, com a contundente afirmação de que:

“todos os significativos conceitos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados, não só por causa de seu desenvolvimento histórico – no qual eles foram transferidos da Teologia para a Teoria do Estado, aqui, por exemplo, o onipotente Deus se transforma no onipotente legislador – mas também por conta de sua estrutura sistemática”⁵⁶³.

A partir daí SCHMITT o ponto central de discussão não será a soberania, mas provar a sua afirmação sobre a secularização da teologia através do sistema jurídico, utilizando a soberania como um conceito chave na sua estratégia argumentativa. Apesar de ter HOBBS como modelo de decisionista, não se figura mais possível, após a crítica hegeliana, fundamentar o decisionismo numa teoria do contrato social, e SCHMITT precisou buscar outra maneira de justificar a sua posição. A justificação do poder político ilimitado, pertencente ao soberano, será remetida à teologia, *arché* dos conceitos que, após o processo de secularização, tornaram-se jurídico-políticos. A racionalidade da proposta schmittiana se dá exatamente nesse ponto, ao exigir do político a mediação com o teológico e o jurídico, para que não se resvale, de um lado, no extremo de excluir qualquer traço de politicidade do direito e recair numa abstração insonsa, numa teoria autofundante que elimina o político do mundo; e, de outro, de evitar o acesso imediato ao teológico, que aparece como verdade unilateral e absoluta, como fanatismo, impossibilitando o diálogo e conduzindo ao inevitável conflito que

⁵⁶³ SCHMITT, *Politische Theologie...*, cit., p. 43: “Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe. Nicht nur ihrer historischen Entwicklung nach, weil sie aus der Theologie auf die Staatslehre übertragen wurden, indem zum Beispiel der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber wurde, sondern auch in ihrer systematischen Struktur, deren Erkenntnis notwendig ist für eine soziologische Betrachtung dieser Begriffe” (Tradução livre).

desumaniza o inimigo e considera a sua destruição como a redenção da humanidade⁵⁶⁴.

A definição de soberania na *Teologia Política* preocupa-se com o aspecto interno da soberania, mas não há apontamentos sobre a soberania externa. Será sobretudo a partir de 1937-38, especialmente com a publicação do de seu *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*⁵⁶⁵ (Giro ao Conceito de Guerra Descriminatório) e do *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* (A ordem jurídica internacional dos grandes espaços e a proibição de intervenção de potencias estrangeiras), que SCHMITT se dedicará às questões do Direito Internacional Público, surgindo novos conceitos em sua teoria, dentre os quais se destaca o de *Großraum* (grandes espaços). Inicia-se, assim, um giro na teoria schmittiana, que, até este momento, conferia centralidade ao Estado no processo político. É, a partir desse ponto, apontado o verdadeiro declínio do Estado⁵⁶⁶.

O que se percebe é que a soberania schmittiana, fundada na exceção, permite ao soberano decidir, em última análise, o que é e o que não é direito, ou seja, quando a decisão deve ser tomada de acordo com o sistema jurídico ou se ela

⁵⁶⁴ Cf. FRANCO DE SÁ, *Decisionismo á Teologia Política...*, cit., in: *op. cit.*, p. 108-10

⁵⁶⁵ SCHMITT, Carl. *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*. München: Duncker & Humblot, 1938.

⁵⁶⁶ KERVÉGAN, Jean-François. Carl Schmitt et 'l'unité du monde'. In: *Les Études philosophiques*, Paris, Presses Universitaires de France, n. 1, Jan., 2004, p. 4-6, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20849580>>, consultado em 28 de janeiro de 2013. Afirma ainda KERVÉGAN que "A partir de 1936-1937, Schmitt se consacre presque exclusivement au droit international. Cette orientation nouvelle est évidemment liée aux tensions qui vont conduire a la guerre, et Schmitt va se montrer un défenseur éloquent et subtil des visées expansionnistes de l'Allemagne national socialiste; elle est par ailleurs peut-être motivée par les oppositions qu'il rencontre au sein même du mouvement nazi. En tout état de cause, les analyses qu'il produit offrent une portée théorique qui excède leur destination immédiate", KERVÉGAN, Carl Schmitt..., cit., in: *op. cit.*, p. 8-9.

merece um tratamento diferenciado, a ser dado pela sua vontade política. De acordo com suas premissas, é o próprio direito que admite essa válvula de escape, e ao soberano cabe ativá-la. Tal concepção busca salientar os rastros deixado pelas teorias da soberania do albor da Modernidade – BODIN e HOBBS – mas após todo o movimento do constitucionalismo liberal, cujo objetivo é exatamente controlar o poder soberano para que ele seja exercido conforme padrões pré-estabelecidos. Soberano, verdadeiramente, passa a ser aquele capaz de se livrar dessa sujeição.

A teoria da soberania, que até então se apresentava como uma unidade, funcionalmente estabilizando a interface entre a política e o direito⁵⁶⁷, assumirá dois aspectos radicais, colocando-se em polos opostos desses dois extremos. Ambas as perspectivas teóricas representam o momento no qual o Ocidente vê, diante de si, a contradição que o real encerra: de um lado, a certeza de que a efetividade é constituída e transformada pelo espírito humano e, portanto, pela vontade e decisão; mas, de outro, a incontornabilidade da herança que não pode ser desprezada, da necessidade (*Notwendigkeit*) em face da contingencialidade, da inescapabilidade do *dasein* que se vê lançado no mundo. SCHMITT realçará o momento de negatividade e ruptura da soberania, e KELSEN a estabilidade, mas uma estabilidade que se sabe apenas uma baliza fluida e contornável das decisões jurídicas⁵⁶⁸ – e neste aspecto, também políticas.

Assiste razão a KELSEN, como ficará mais claro no próximo capítulo, que a ordem jurídica interna não se encontra dissociada do direito internacional, e isto por uma questão lógica. Soberania, portanto, só pode ser entendida como não submissão às leis internas de outro país, e, assim, submissão exclusiva ao direito internacional, ou, ainda, afirmamos, a certa *parcela* do direito internacional.

⁵⁶⁷ Cf. MAGALHAES, *História semântica do conceito de soberania...*, cit., p. 221 et seq.

⁵⁶⁸ V. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 387 et seq.

Também está correto SCHMITT, pois a ordem jurídica pode sempre ser rompida, e esse fenômeno faz parte da dinâmica, da dialética do direito. As constituições contemporâneas continuam prevendo o estado de exceção, com o nome de estado de sítio e estado de defesa, como consta no texto da constituição brasileira de 1988, em seus artigos 136 e 137, respectivamente. Funcionam como uma válvula de escape às pressões da realidade sobre a ordem jurídica convencional, que exigem mediação política. Ainda assim, é possível que haja ultrapassagem dos limites circunscritos nessas hipóteses, significando, com isso, o definitivo rompimento – ainda que temporário e, conforme o caso, até mesmo justificável – com a ordem jurídica.

5.2. Teorias monistas e dualistas do Direito Internacional

A crise da soberania, confrontada no século XIX com já uma grande complexidade no âmbito das relações internacionais, aparece na teoria jurídica – na Teoria do Direito e do Direito Internacional – na forma das teorias monistas e dualistas acerca da relação entre o direito interno, de cada Estado, e o internacional. Trata-se da impostergável tentativa de elaboração científica e filosófica às contradições que emergem, no plano abstrato, entre a liberdade de autodeterminação no plano interno e externo dos Estados, de um lado, e a necessidade do direito a determinar e solucionar os conflitos no espaço das relações internacionais com força obrigatória.

Indaga-se: a ordem jurídica internacional apresenta-se como um sistema jurídico totalmente independente daquele dos Estados, e só tem validade dentro do direito interno quando é recepcionado por ele, ou, ao contrário, o direito internacional, ou ainda parte dele, possui normas cuja validade não se condicionam à recepção e, conseqüentemente, formam uma estrutura jurídica comum a todos os Estados? Há um ponto comum, compartilhado, entre o sistema

interno e o externo, e, se sim, aplica-se que tipo de relação entre ambos – de hierarquia, de especialidade, de anterioridade? Tais perguntas adquirem maior relevância num contexto em que os vários Estados, por necessidade histórica, precisam estabelecer parâmetros para lidar com questões internas e internacionais que, em alguma medida, afetarão os demais⁵⁶⁹.

Segundo CASSESE, desde a regulação da ordem internacional promovida pelo tratado de Westphália, um país não tem interesse na ordem legal interna de outro país, exceto se essa mesma ordem violar algum direito ou *interesse privado* seu, e, ainda assim, quando tal fato ocorrer, o que lhe é permitido fazer é tomar as medidas necessárias apenas para que cessar a violação, mas jamais alterar, toda ou em parte, a ordem ou legislação interna do violador. Hoje, entretanto, a ordem jurídica internacional não mais se regula a partir dessa perspectiva simples, mas tendo como base o modelo estabelecido pela Carta da ONU e demais tratados multilaterais, e estas modificações serão vistas mais adiante, após a reflexão sobre ambos os modelos básicos e seus derivados⁵⁷⁰.

HEINRICH TRIEPEL é considerado o primeiro teórico da teoria dualista, em seu *Völkerrecht und Landesrecht*, de 1899⁵⁷¹. Seu trabalho monográfico obteve amplo reconhecimento internacional: foi a primeira obra que tratou de forma sistemática da relação entre o direito interno e o internacional, sem se prender a concepções jusnaturalistas. DIONISIO ANZILOTTI, presidente da Corte Internacional

⁵⁶⁹ V. BEHRENDT, Christian. Les notions de monisme et dualisme. In: MARTENS, Paul; BOSSUYT, Marc; COURTOY *et al* (Org.). *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Mechel Melchior*. Limal : Anthemis, 2012, p. 867-80.

⁵⁷⁰ CASSESE, Antonio. Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws? In: CASSESE, Antonio (Org.). *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 188-9.

⁵⁷¹ TRIEPEL, Heinrich. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899, p. 7-8.

de Justiça, considerado o segundo grande nome da teoria dualista, apoiou-se expressamente na teoria de TRIEPEL⁵⁷².

Inicialmente, TRIEPEL parte da assunção de que há uma dupla diferença entre o direito interno (*Landesrecht*⁵⁷³) e do direito internacional: uma diferença de relações do âmbito da vida que é normatizada e a diferença de fontes:

"Em qual sentido pode-se tratar o direito interno e o internacional como opostos? A resposta é: numa dupla perspectiva. A oposição é primeiro a oposição das relações da vida normatizadas; o direito internacional regula outras relações como as estatais. A oposição é, além disso, uma oposição das fontes do direito"⁵⁷⁴.

E assim, afirma:

“Se há um direito internacional, que provém de uma outra fonte que do direito interno, então pode ele ser somente um direito que normatiza as relações coordenadas dos Estados um com os outros. Pressupondo que um tal direito internacional existe, então difere ele também do direito interno por meio de uma forma de relações normatizadas. As relações que regulam o direito interno são objetos inaptos à regulação do direito internacional, e o contrário também é válido. Direito internacional e interno devem, quando

⁵⁷² GEIGER, Rudolf. Heinrich Triepels Lehre über den Dualismus von Völkerrecht und Landesrecht: ein Rückblick. In: BERGER, Christian; DEGENHART; GEIGER, Rudolf; *et al* (Org). *Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 74.

⁵⁷³ O termo usado por TRIEPEL é *Landesrecht* para evitar a confusão do *Staatsrecht*, que significaria o direito público apenas, e não todo o direito interno, emanado do Estado (inclusive o direito privado).

⁵⁷⁴ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht, cit.*, p. 9, no original: „In welchem Sinne nun kann man Landesrecht und Völkerrecht als Gegensätze betrachten? Die Antwort lautet: in doppelter Hinsicht. Der Gegensatz ist einmal Gegensatz der normierten Lebensverhältnisse; das Völkerrecht regelt andere Beziehungen als das staatliche. Der Gegensatz ist ferner Gegensatz der Rechtsquellen“ (Tradução livre).

originam de fontes diferentes, possuir conteúdos diversos”⁵⁷⁵.

Partindo da definição de que o direito é produto de uma vontade, e os Estados são soberanos, o jurista sustenta que a fonte do direito internacional só pode ser a vontade de Estados⁵⁷⁶ - enquanto o direito interno é aquele gerado por apenas um Estado. Tal fato gera dois sistemas jurídicos diferentes, a regular relações entre sujeitos diversos:

“Direito internacional e direito interno não são apenas diferentes partes do direito, mas também diferentes ordens jurídicas. Eles são dois círculos que no máximo se tocam, nunca se sobrepõem. Assim é a partir do nosso ponto de vista uma completa contradição que o direito internacional seja igualado ao direito interno, ou o contrário”⁵⁷⁷.

Justifica-se essa colocação a partir da constatação de que o direito internacional não tem condições de modificar o conteúdo do direito interno e, tampouco, possui o direito interno capacidade para alterar o direito

⁵⁷⁵ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 19, no original: „Wenn es ein Völkerrecht giebt, das aus einer anderen Quelle fließt als das Landesrecht, so kann es nur sein ein Recht, das die Verhältnisse koordinirter Staaten zu einander normirt. Vorausgesetzt, dass ein solches Völkerrecht existirt, so ist es eben durch die Art der normirten Verhältnisse vom Landesrechte verschieden. Die Verhältnisse, die das Landesrecht regelt, sind untaugliches Objekt völkerrechtlicher Regelung und umgekehrt. Völkerrecht und Landesrecht müssen, wenn sie verschiedenen Quellen entstammen, verschiedenen Inhalt haben“ (Tradução livre).

⁵⁷⁶ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 31-2, “Denn ist allein ein Wille als Quelle des Rechts denkbar, so kann dieser Wille hier nur ein Staatswille, vorsichtiger gesagt, ein Wille von Staaten sein“. Note-se que é preciso, seguindo o Autor, que a vontade seja de mais de um Estado, ou seja, dependente da comunidade de Estados.

⁵⁷⁷ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 111, no original: „Völkerrecht und Landesrecht sind nicht nur verschiedene Rechtstheile, sondern auch verschiedene Rechtsordnungen. Sie sind zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden. So ist es von unserem Standpunkte aus ein Vollkommener Widerspruch, Völkerrecht zugleich Landesrecht sein zu lassen oder umgekehrt“.

internacional⁵⁷⁸. O fenômeno da recepção do direito internacional pelo interno, a partir de um ato de processo estabelecido pelo segundo, é, na verdade, a formação de um novo direito, cujo conteúdo se iguala ao internacional, proveniente então de outra fonte. Já a força vinculante do direito, tanto nacional quanto internacional, é considerada como uma questão metajurídica: isso não afeta o fato observável de serem ambas as ordens reconhecidamente jurídico-vinculantes⁵⁷⁹. Conquanto a teoria do direito natural é pelo autor tratada como *questões metajurídicas*, não se assume uma postura positivista, a qual trataria o direito internacional como uma parte externa do direito estatal (*äußeres Staatsrecht*), e ambos os direitos estariam então conectados a uma unidade de fontes (o Estado), denominando-se tal posição de monista⁵⁸⁰.

A estrita separação de ambos os sistemas torna impossível tratar seja a fonte do direito internacional, seja a do nacional como superior e, assim, uma contradição de normas entre os sistemas não leva nem a tornar a norma nacional nula nem tampouco à invalidade na norma internacional. Assim, a norma de direito interno é modificável tanto por uma norma conforme ou contrária ao direito internacional, desde que seja uma norma de direito interno; o direito internacional, por outro lado, é imune à modificação através da norma unilateral interna de um Estado – e o contrário também é válido⁵⁸¹.

Na perspectiva dualística, ambas as ordens jurídicas se tocam, mas jamais se suplantam. Há uma relação inevitável: o Direito Internacional necessita,

⁵⁷⁸ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 112.

⁵⁷⁹ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 82.

⁵⁸⁰ TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 131; GEIGER, Heinrich Triepels Lehre über den Dualismus von Völkerrecht und Landesrecht..., cit., in: *op. cit.*, p. 76.

⁵⁸¹ GEIGER, Heinrich Triepels Lehre über den Dualismus von Völkerrecht und Landesrecht..., cit., in: *op. cit.*, p. 77.

para que se atinja os seus objetivos, através da implementação de suas normas, uma complementação (*Ergänzungsbedürftigkeit*) por parte do direito interno. A interação entre as ordens não é, entretanto, unilateral, mas recíproca:

“essa necessidade de complementação do direito internacional será compensada na medida em que o Estado esteja sujeito ao direito internacional. Ele teria, e isso é o que o conceito de sujeição quer dizer, que atentar às suas regras. Pois o direito internacional se dirige aos Estados. Nesse sentido estaria o direito internacional realmente sobre o Estado; ele [o direito internacional] não estaria, porém, acima do direito interno”⁵⁸².

Em razão dessa influência recíproca entre os sistemas internacional e interno, e uma crença de TRIEPEL na vontade do Estado de implementar os tratados de direito internacional assinados, é possível afirmar que não se trata de um dualismo absoluto, mas moderado, especialmente quando adotado na contemporaneidade, à exemplo dos julgados da Corte Constitucional Alemã, que busca realizar a interpretação do direito interno como “amiga” (*Völkerrechtsfreundliche Auslegung*) do direito internacional⁵⁸³.

⁵⁸² GEIGER, Heinrich Triepels Lehre über den Dualismus von Völkerrecht und Landesrecht..., cit., in: *op. cit.*, p. 78-9, no original: „diese Ergänzungsbedürftigkeit des Völkerrechts werde dadurch kompensiert, dass der Staat dem Völkerrecht unterworfen sei. Er habe, das ist mit dem Begriff der Unterwerfung gemeint, dessen Regelungen zu beachten. Denn das Völkerrecht wendet sich an die Staaten. In diesem Sinne stehe das Völkerrecht zwar über dem Staat; es stehe aber nicht über dem Landesrecht“.

⁵⁸³ Pode-se afirmar, com base no julgado *Görgülü*, de 14 de outubro de 2004, que a Corte Constitucional Alemã considera que a *Grundgesetz* adota uma posição dualística moderada, mas afirma a necessidade de interpretação que dê ampla eficácia aos tratados internacionais, inobstante a sua incorporação ao ordenamento jurídico interno se fazer por meio de lei ordinária: “Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 GG. Die Völkerrechtsfreundlichkeit entfaltet Wirkung nur im Rahmen des

KELSEN empreende uma pesada crítica à teoria dualista – ou, no caso, pluralista, uma vez que se trata de vários ordenamentos jurídicos internos a cada Estado face ao Direito Internacional. O postulado no qual se baseia toda a argumentação da teoria dualista, de que o direito interno e o direito internacional possuem diferentes destinatários, bem como diferentes fontes, é colocado em xeque.

No que tange aos destinatários, na medida em que a regulamentação do direito internacional – e de qualquer direito – é reduzível à normatização das condutas de indivíduos, esse não pode ser considerado um traço diferenciador entre ambos: mesmo quando o direito se refere ao Estado, é à conduta de determinados indivíduos que o representam que a norma se refere. Já em relação à dualidade de fontes, há uma diferença marcante entre os sistemas, pois o direito nacional baseia-se principalmente na legislação e nos costumes, bastando-se o Estado para a produção do direito; as fontes do direito internacional são os tratados e costumes, incluso aí a força obrigatória dos tratados, o *pacta sunt servanda*, exigindo-se a participação de pelo menos dois Estados. Contudo não seria tal diferença uma diferença de princípio: uma fonte diversa não é capaz de determinar necessariamente que a norma criada seja pertencente a outro sistema. A diferença entre legislação e costume é muito maior que entre tratado e costume; além do mais, costumes são fontes comuns a ambas as ordens⁵⁸⁴.

Além disso, o defensor do monismo afirma que a ordem internacional se pretende universalmente válida, “onde quer que vivam seres humanos”, e, ao

demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes“, cf. BVerfG, 2 BvR 1481/04, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html>, consultado em 09.02.2013.

⁵⁸⁴ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 517-21.

mesmo tempo, funciona como um limitador espaço-temporal dos direitos nacionais⁵⁸⁵: é o direito internacional que determina e delimita a validade territorial das normas no espaço de cada Estado⁵⁸⁶, eliminando toda uma sorte de conflitos interestatais, bem como estabelece a validade temporal, pois dois Estados só não podem existir no mesmo território *ao mesmo tempo*, ou seja, a criação de um novo Estado faz surgir uma nova ordem jurídica *ab ovo*, seja por meio de revolução ou de golpe de Estado. Além disso, é através das normas de direito internacional que são estabelecidos requisitos para que haja o reconhecimento jurídico de uma comunidade, de um povo, como Estado no sentido do direito internacional, condição de possibilidade para que este seja sujeito de direitos na ordem internacional⁵⁸⁷.

Em primeiro lugar, antes de concluir se o direito nacional e internacional constituem apenas uma ordem (teoria monista), KELSEN levanta a seguinte pergunta: é o direito internacional realmente direito, segundo a perspectiva de sua teoria⁵⁸⁸? A resposta condiciona-se à seguinte observação:

“Se for possível descrever o material que se apresenta como Direito internacional de tal modo que o emprego da força por um Estado contra outro só possa ser interpretado como

⁵⁸⁵ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 517-19.

⁵⁸⁶ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 300-1; 498: “Na verdade, é pelo Direito internacional que são determinadas as esferas de validade territorial e pessoal, assim como a temporal, das ordens jurídicas nacionais. Essa determinação é a função essencial do Direito internacional. As normas que regulamentam essa matéria são, essencial e necessariamente, normas do Direito internacional”.

⁵⁸⁷ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 315-24.

⁵⁸⁸ Norma jurídica “é um julgamento hipotético que faz de um ato coercitivo, da interferência imposta na esfera de interesses de um sujeito, a consequência de certo ato desse mesmo ou de outro sujeito. O ato coercitivo que a regra de Direito estabelece como consequência é a sanção; a conduta do sujeito apresentada como condição e caracterizada como “antijurídica” é o delito”, KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 467.

delito ou sanção, então o Direito internacional é Direito no mesmo sentido que o Direito nacional”⁵⁸⁹.

Para responder à questão, continua KELSEN, deve-se levar em consideração alguns pontos fundamentais: pode, por um lado, a agressão de um Estado por outro ser considerado ato ilegítimo e antijurídico, e, por outro, a represália e a guerra sanções jurídicas? Isto é, o conflito internacional pode ser tratado através dos elementos teóricos da Teoria do Direito, no plano de um Direito Internacional? Identificada, do ponto de vista de uma teoria pura, a contradição patente entre a doutrina da soberania dos Estados – referida, em seu aspecto externo pela capacidade de declarar guerra – e o princípio da não-intervenção presente no Direito Internacional, a proteger a independência interna e externa, a sua época representado pelo Tratado de Versalhes, pelo Pacto da Liga das Nações e o pelo Pacto Kellog, faz-se necessário verificar a consistência e validade científica da teoria do *bellum justum*⁵⁹⁰, fundo teórico sob o qual repousam tais tratados. Se não se admitir como válida uma Teoria da Guerra Justa, então não há bases para que a agressão, a guerra e a represália sejam tratadas

⁵⁸⁹KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 468.

⁵⁹⁰ “Se o Direito internacional pode ou não ser considerado como Direito verdadeiro é algo que depende de saber se é possível interpretar o Direito internacional no sentido da teoria de *bellum justum*, se, em outras palavras, é possível supor que, segundo o Direito internacional geral, a guerra é proibida em princípio, sendo permitida apenas como sanção, i.e., como reação contra um delito” [KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 484]. “Difícilmente a guerra pode ser considerada uma sanção, ressalta KELSEN. Nela, quem vence é o mais forte, e não o justo; não há uma instância centralizada, como um tribunal, de verificabilidade da decisão sobre a justiça do delito e da sanção; e assim a teoria da guerra justa parece se distinguir pouco da teoria que admite a guerra entre os Estados” [KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 478-81]. Critica ainda, o autor, que a última opção, a corrente que admite a guerra aos Estados, considerando essa um tópico externo ao direito, trata como antijurídica a intervenção parcial de um Estado em relação ao outro. Cai, assim em uma situação paradoxal, pois uma intervenção total, com o sofrimento de toda a população, não seria algo tratável no âmbito do Direito Internacional, e, conseqüentemente, este não existiria como Direito, KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 484-5.

respectivamente como ato antijurídico e sanção, e, a consequência seria que o Direito Internacional não é verdadeiramente uma ordem jurídica⁵⁹¹.

A resposta de KELSEN é que não é possível à Ciência do Direito nem afirmar a validade da teoria, nem também invalidá-la. Ela só seria *provada* se fosse necessária (*notwendig*), mas, como KELSEN afirma demonstrar, a teoria da guerra justa é apenas uma possibilidade interpretativa, e a sua adoção depende mais de preferências políticas que razões científicas. Nada obstante, mesmo sem uma resposta conclusiva neste sentido, o autor opta por reconhecer o Direito Internacional como direito, muito embora um direito primitivo, nos primeiros passos de seu desenvolvimento⁵⁹².

Percebendo a evolução do Direito Internacional no sentido de se tornar paulatinamente uma ordem jurídica mais centralizada, com sanções tendentes à maior individualização – dirigidas a indivíduos específicos, a exemplo de Tribunais Internacionais penais, ao invés de coletividades, como os Estados face às guerras e represálias – KELSEN defende que, apesar de *ainda* não haver um Estado mundial, é possível afirmar a unidade cognoscitiva entre direito internacional e estaduais, ou seja, esposa a concepção monista de direito internacional e nacional. A própria teoria dualista reconhece que tanto as normas internacionais como internas pretendem se reconhecer como válidas, e, numa perspectiva científica do direito, impõe-se a exigência de que não haja contradição entre as normas, o que apenas dentro de um sistema unitário seria possível: a pergunta última, para se saber se há dois ou apenas um sistema normativo, é se podem existir conflitos insolúveis entre os sistemas de normas. A comparação estabelecida entre o sistema jurídico e o moral ajuda a esclarecer tal posição: uma determinada ordem moral

⁵⁹¹ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 484-5.

⁵⁹² KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 483-6.

pode afirmar que a pena de morte é injustificável em qualquer hipótese, enquanto, simultaneamente, uma dada ordem jurídica pode tanto proibir a morte como também autorizá-la em determinadas circunstâncias. Aqui, se se afirma a validade da ordem jurídica, esta exclui a da ordem moral. A corrente dualista, como vimos, sustenta nada obstante a validade simultânea de ambas as ordens jurídicas – e o direito internacional não é visto por ela como uma mera ordem moral, que não precisaria ser necessariamente obedecida, de modo então a não comprometer logicamente a opção teórica, mas ao contrário, como ordem jurídica vinculante. Desse modo, segundo Kelsen, é insustentável teoricamente que ambos os sistemas jurídicos sejam simultaneamente válidos e possam, assim, existir conflitos insolúveis entre estes⁵⁹³.

As normas jurídicas, para serem completas, precisam determinar tanto a quem se aplicam (elemento pessoal) quanto o que tem que ser feito ou evitado (elemento material). No caso do Direito Internacional, suas normas são, em regra, consideradas incompletas, faltando-lhes o elemento pessoal, já que o direito deve vincular condutas humanas. Por vezes, faltam às normas internacionais também a sanção, e, em todos os casos, dependem elas de complementação pelo direito interno – e assim ambas as ordens formam um todo inseparável. Por outro lado, a ordem internacional, ao tratar de determinada matéria, ainda que concomitantemente à interna, limita a esfera de validade material desta. Apesar de os Estados continuarem juridicamente competentes em seus territórios, quando o direito internacional regulamenta determinada matéria os Estados não podem mais tratar dela de modo arbitrário – e aí o direito internacional aparece como *único* limite às ordens nacionais, pressupondo-se que o direito internacional seja

⁵⁹³ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 364-6.

uma ordem jurídica válida⁵⁹⁴. Considerando o poder vinculante dos costumes internacionais em relação aos Estados, a complementariedade das ordens jurídicas, e o estabelecimento do âmbito de validade das normas internas pelo direito internacional – temporal, material, pessoal e espacialmente – os Estados seriam, na verdade, órgãos do Direito Internacional:

““O Estado como órgão do Direito internacional” - esta é a única expressão metafórica do fato de que a ordem jurídica de cada Estado, de que cada ordem jurídica nacional, está organicamente ligada à ordem jurídica internacional e, através dessa ordem, a todas as outras ordens jurídicas nacionais, de modo que todas as ordens jurídicas se fundem num sistema jurídico integrado”⁵⁹⁵.

A resposta à questão do monismo ou dualismo/pluralismo deve ser respondida a partir da derivação da sua validade das ordens a partir de uma ou de diversas normas fundamentais. Segundo KELSEN, a norma fundamental de um dado Estado, sem se levar em consideração o direito internacional, é a norma hipotética que qualifica o poder constituinte originário como autoridade criadora do direito; porém, levando-se em conta o direito internacional, pode-se derivar tal norma do princípio de eficácia, que confere ao poder constituinte originário exatamente o poder de funcionar como os primeiros legisladores. Consequentemente, a norma fundamental de um Estado só pode ser considerada como tal num sentido relativo, e a norma fundamental do direito internacional é também fundamento último de validade das ordens jurídicas nacionais. É por essa razão que numa revolução ou golpe de Estado a identidade daquele Estado se mantem, sendo reconhecida pelo Direito Internacional⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 488-9.

⁵⁹⁵ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 504.

⁵⁹⁶ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 522-4.

Os Estados retiram seu fundamento de validade do direito internacional, que obriga pelos costumes – aliás, o fundamento de eficácia dos tratados internacionais, o *pacta sunt servanda*, é um costume internacional. Mas, porém, como afirmar que o Estado deriva a sua validade da ordem internacional se ela é formada exatamente por Estados, e se os costumes, fonte desse direito, são aferidos pelo comportamento, pelos atos praticados por esses mesmos Estados? Diante desse problema lógico, KELSEN sustenta que apenas no momento em que existe ou se pressupõe existir um direito internacional é que se pode considerar o problema na perspectiva que foi tratado – e exatamente no momento então que surge o direito internacional, deixam os Estados de serem soberanos, formando uma ordem jurídica universal⁵⁹⁷.

Na hipótese de conflito entre a norma de direito internacional – superior – e interna – inferior – esta última não tem que ser necessariamente invalidada, como argumentam os adeptos da teoria dualista; ambas podem conviver, e convivem, no ordenamento jurídico, existindo, entretanto, a possibilidade de que a norma inferior seja revogada por invalidade. Mas enquanto isto não é feito, continua ela sendo uma norma válida, do mesmo modo como no caso do direito interno, na hipótese de uma norma inconstitucional, ou do fato proibido que, antes de contradizer logicamente a norma que o proíbe é por ela pressuposta e condição da sanção⁵⁹⁸.

Se a ordem constitucional exige a transformação do direito internacional em direito nacional para a sua aplicação e eficácia trata-se apenas de uma exigência de determinada ordem constitucional, mas não algo que aconteça de modo necessário. O que ocorreria, então, na hipótese de aplicação de uma

⁵⁹⁷ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 526-7.

⁵⁹⁸ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 527-9.

norma por determinado tribunal nacional que contradiga o direito internacional – até mesmo em razão do tratado não ter sido ainda incorporado na ordem jurídica – seria o equivalente ao descumprimento do direito internacional. De qualquer modo, conforme argumenta KELSEN, tal questão deve ser respondida levando-se em conta o direito positivo, e não “apenas” uma teoria. A unidade entre ambas as ordens jurídicas aparece, portanto, como um postulado epistemológico, um *a priori*⁵⁹⁹, e, assim, pode-se também afirmar a possibilidade lógica de um monismo baseado no direito internacional e, um outro, baseado no direito nacional – considerando que o direito internacional é apenas parte do direito interno de cada país⁶⁰⁰.

Na contemporaneidade, a relação entre o direito interno e o direito internacional (ou supranacional, vez que se trata também de direitos regionais) é significativamente alterada. CASSESE⁶⁰¹ aponta algumas modificações significativas, destacando o desempenho do Tribunal de Justiça da União Europeia, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em sua opinião tem apontado para um monismo moderado. Vejamos.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, operando com os 27 Estados-Membros, dispõe de uma limitada competência em função da matéria sob sua jurisdição, e tem, dentre outros objetivos⁶⁰², o poder de considerar que uma lei

⁵⁹⁹ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 530.

⁶⁰⁰ KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado, cit.*, p. 544-9

⁶⁰¹ CASSESE, *Towards a Moderate Monism... cit., in: op. cit.*, p. 193-8.

⁶⁰² V. Art. 256 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*, disponível em <https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=direct&doc_number=000045566>, consultado em 05 de dezembro de 2013.

nacional ou algumas de suas provisões são contrárias às normas comunitárias⁶⁰³, requerendo ao Estado que revise ou emende o seu direito, sob pena de multa⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Tal provisão decorre originalmente do julgando *Costa v. ENEL*, de 15 de julho de 1964 – Processo 6/64 – em que a corte determinou a supremacia do direito comunitário sobre o direito interno dos países membros. No acórdão é esclarecido: “Diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais. Efectivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios. Esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado referida no artigo 5.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7º (...) O primado do direito comunitário é confirmado pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor «obrigatório» e são directamente aplicáveis «em todos os Estados-membros». Esta disposição, que não é acompanhada de qualquer reserva, seria destituída de significado se um Estado pudesse, unilateralmente, anular os seus efeitos através de um acto legislativo oponível aos textos comunitários. Resulta do conjunto destes elementos que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. A transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade”.

⁶⁰⁴ UNIÃO EUROPÉIA, *Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia...*, cit., Art. 260: “1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal. 2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o

Tal mecanismo tem funcionado bem e efetivamente, no sentido de levar os Estados a fazer as mudanças necessárias em suas legislações⁶⁰⁵.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja normativa básica é a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, assinada por 47 países, tem sob sua jurisdição a tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu, capaz de estabelecer obrigações *erga omnes* a todos os Estado-Membros, não apenas em benefício aos seus cidadãos, mas a qualquer indivíduo que se encontra em seu território, independente de sua nacionalidade. Além de prever mecanismos de reparação de dano àqueles que tiverem seus direitos violados (art. 41), a Convenção estabeleceu um mecanismo de supervisão da execução da sentença pelo chamado Comitê de Ministros a quem, desde a entrada em vigor do Protocolo n. 14, em 1º de junho de 2010, além de estabelecer medidas para que haja maior celeridade no processo, conferiu poderes ao Comitê de Ministros para tomar medidas no caso de o Estado condenado protelar o cumprimento da sentença (art. 46, 6)⁶⁰⁶. Um problema, porém, que diminui a efetividade de alinhamento dos ordenamentos internos em relação às normas protetivas de direitos fundamentais é a inexistência de permissão expressa para que a Corte inste os Estados a mudar a sua legislação,

montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária”.

⁶⁰⁵ CASSESE, Towards a Moderate Monism... cit., in: *op. cit.*, p. 194.

⁶⁰⁶ Art. 46,5, CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, disponível em < www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >, consultado em 05 de dezembro de 2013: “Se o Tribunal constatar que houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, o qual decidirá pela conclusão da sua apreciação”.

baseando-se tal posição na proteção à soberania nacional – o que, por outro lado, é permitido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja em julgamentos de casos concretos, por meio de consultoria não-vinculante sobre a adequação de norma interna ao tratado regente, realizando-se o denominado *controle de convencionalidade*. Nada obstante, no caso *Saghinadze v. Georgia* o Tribunal se posicionou nesse sentido⁶⁰⁷. Fato que se apresenta como mais comum, entretanto, é a mudança legislativa interna após a condenação à indenização, ou, ainda, devido a condenação de terceiros⁶⁰⁸.

Como citado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta um avanço em relação a sua análoga europeia: no art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969 – também chamada de Pacto de São José da Costa Rica) há a expressa previsão de que os Estados devem adotar disposições de direito interno necessárias para tornar os efetivos os direitos e liberdades previstos no tratado. Em vários casos, a Corte admoestou os Estados a promoverem

⁶⁰⁷ CASSESE, Towards a Moderate Monism... cit., in: *op. cit.*, p. 196. No caso *Saghinadze v. Georgia*, a ré foi condenada, diante da violação do direito de propriedade, não apenas a indenizar, como também, na hipótese do Comitê de Ministros considerar apropriado, a mudar a legislação interna do país: “It must be reiterated in this connection that a judgment in which the Court finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court. The respondent State is expected to make all feasible reparation for the consequences of the violation in such a manner as to restore as far as possible the situation existing before the breach (see, amongst others, *Apostol v. Georgia*, no. 40765/02, § 71, ECHR 2006-...; *FC Mretebi v. Georgia*, no. 38736/04, § 61, 31 July 2007; and *Assanidze*, cited above, § 198).”

⁶⁰⁸ CASSESE cita a mudança da legislação sobre o casamento na Bélgica, devido ao julgamento *Marckx v. Belgium*, de 1979, levando também a Holanda a fazê-lo, em razão desta condenação; também a Irlanda alterou sua legislação sobre auxílio judiciário, quando condenada no caso *Airey v. Ireland*, em 1979; por fim, o Reino Unido alterou a sua legislação sobre castigo corporal às crianças após a condenação em *A v. United Kingdom*, de 1998. CASSESE, Towards a Moderate Monism... cit., in: *op. cit.*, p. 196.

mudanças em suas legislações internas, e, quando houve protelação, a Corte pronunciou-se novamente requerendo a implementação e o respeito ao julgamento, mesmo em relação à constituição dos países, como no caso do Chile em relação à censura artística⁶⁰⁹.

A contradição abstrata apontada no início do capítulo entre a liberdade, entendida como a autodeterminação estatal no plano interno e externo, e a imprescindibilidade do direito – ordem vinculante, a coordenar as relações internacionais, aparecendo abstratamente como um limitador da liberdade – é resolvida, no plano científico, com a eliminação da ordem internacional, na teoria monista com supremacia do direito interno, com a eliminação do direito internacional na teoria monista com supremacia do direito internacional, ou, na teoria pluralista, com a hipostasiação de uma quantidade de sistemas jurídico internacionais indeterminado, pois cada tratado forma um sistema específico entre os signatários, que obriga apenas aqueles países, e ainda, haveria um sistema jurídico internacional geral, formado pelos costumes internacionais, com força obrigatória *erga omnes*.

A supressão da oposição entre a liberdade de autodeterminação abstrata, que se dará por um sistema universal de coordenação internacional, só

⁶⁰⁹ V., exemplificativamente, os seguintes julgados: a) *Barrios Altos v. Peru* (Mérito, Series C, n. 75 – 14 de março de 2001): a Corte afirmou que a determinada lei de anistia não possuía efeitos legais, e não poderia ser utilizada para obstruir investigações; b) *Olmedo Bustos et al v. Chile* (Méritos, Series C, n. 73 – 5 de fevereiro de 2001): a Corte determinou que o Chile alterasse a sua legislação interna para que não fosse mais executada a censura prévia de filmes, para se adequar ao art. 13 da Convenção; c) *Paniagua Morales et al v. Guatemala* (Repatriação, Series C, n. 76 – 25 de Maio de 2001): A Guatemala foi instada a mudar a sua legislação sobre liberdades pessoais; d) *Del Caracazo v. Venezuela* (Reparação, Series C, n. 95 – 29 de Agosto de 2002): Foi considerada legalmente exigível que a Venezuela evitasse a aplicação de leis de anistia em relação a casos de severa violação de direitos humanos, inclusive alterando normas necessárias para que as obrigações fossem cumpridas (§119-20); cf. CASSESE, Towards a Moderate Monism... cit., in: *op. cit.*, p. 198.

começou a se formar efetivamente no pós-segunda-guerra, com a Organização das Nações Unidas, após o fracasso das tentativas ulteriores, como a Liga das Nações. Seu surgimento será concomitante à aceleração do processo de integração e interdependência entre os Estados, que, além disso, exigirá a organização mais sólida de blocos continentais, de grandes-espacos jurídico-políticos.

5.3. Crise da Soberania no II pós Guerra

O pós-segunda-guerra foi marcado pela premente necessidade de se evitar que um novo conflito de proporções mundiais – que não apenas ceifou milhares de vidas, mas colocou em risco conquistas civilizatórias fundamentais, adquiridas arduamente ao longo da história – voltasse a acontecer. A arquitetura mundial foi redesenhada, influenciada, institucionalmente, pela formação da Organização das Nações Unidas, juridicamente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e, sociologicamente, pelo desenvolvimento de novas tecnológicas – e, com elas, compartilhamento interestatal de riscos e problemas, os quais passaram a demandar respostas a partir de uma coordenação supranacional – e interações mais intensas, interdependentes, e numa altíssima velocidade entre países, multinacionais, pessoas de diferentes procedências culturais e, ainda, novos atores internacionais, como organizações não-governamentais.

Tal aspecto macro é designado comumente pelo termo „globalização“, que, entretanto, dispõe de alta flexibilidade semântica⁶¹⁰. O termo

⁶¹⁰ O conceito, inclusive, não dispõe de ampla aceitação teórica. Se em relação à economia e às questões ambientais há certo consenso, o mesmo não se pode dizer quando se tem em foco a cultura [v. HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações*; e a recomposição da ordem mundial. Trad. M. H. C. Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997], existindo evidencias do contrário: o reforço das culturas e civilizações locais, levando, na verdade, a *fragmentação* da ordem mundial. Outra crítica levantada é se, ao invés de globalização, não estaria havendo uma regionalização, concentrando-se às características da chamada globalização – relacionadas à diminuição do tempo e do espaço, através da velocidade dos processos

significa, em seu sentido amplo, a interconexão entre todo o globo, tendo geralmente como marco inicial o início das grandes navegações. O viés econômico desempenha um papel central em seu desenvolvimento, pois tal se dá impulsionado pela criação de um mercado econômico mundial, envolvendo a extração de produtos primários, sua transformação e venda para o mercado consumidor, além de, atualmente, um forte mercado de serviços. Nada obstante, é igualmente usado para designar a massificação também cultural, sobretudo quando se leva em consideração o período de intensificação das relações em âmbito global possibilitada por novas tecnologias de comunicação e transporte desenvolvidas a partir do século XIX. HABERMAS define o termo não como uma situação, mas como um processo de crescente magnitude e intensificação de relações de transporte, comunicação e trocas através das fronteiras nacionais. Se no século XIX isso foi representado pela locomotiva, navio a vapor e telégrafo, hoje o processo é acelerado pela comunicação via satélite, aviões e a comunicação via digital⁶¹¹:

comunicacionais, transporte, crescente interdependência – na realidade nos países centrais: na América do Norte, oeste europeu, e oeste e sul da Ásia, tomando determinada porção global como o mundo mesmo. É, aliás, a nesta perspectiva que as teorias neo-estruturalistas avaliam contemporaneamente as relações internacionais. MENZEL, Ulrich. *Zwischen Idealismus und Realismus: die Lehre von den Internationalen Beziehungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p.189-92; 228-9.

⁶¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 101-2, no original: „Der Terminus findet gleichermaßen Anwendung auf die interkontinentale Ausbreitung von Telekommunikation, Massentourismus oder Massenkultur wie auf die grenzüberschreitenden Risiken von Großtechnik und Waffenhandel, auf die weltweiten Nebenwirkungen der überlasteten Ökosysteme oder die übernationale Zusammenarbeit von Regierungs- oder Nicht-Regierungsorganisationen. Die wichtigste Dimension bildet eine wirtschaftliche Globalisierung, deren neue Qualität heute kaum noch in Zweifel gezogen wird: „Die globalen wirtschaftlichen Transaktionen bewegen sich, gemessen an den national ausgerichteten Aktivitäten, auf einem in keiner vorausgegangenen Epoche erreichten

“O termo possui igualmente utilização na expansão intercontinental da telecomunicação, turismo e cultura de massa assim como riscos para além da fronteira de técnicas e comércio de armas, sobre os efeitos colaterais em todo o mundo dos ecossistemas sobrecarregados ou a cooperação supranacional de governos e ONGS. A dimensão mais importante forma porém uma globalização econômica, cuja nova qualidade é hoje praticamente não mais colocada em dúvida: ‘As transações econômicas globais se movem, alinhadas segundo as atividades nacionais, num nível não alcançado em épocas pretéritas e influencia mediata e imediatamente as economias populares numa escala até então desconhecida’⁶¹²⁶¹³.

Tais avanços tecnológicos formam uma *sociedade mundial de risco*⁶¹⁴. Usinas nucleares, hoje espalhadas pelo mundo, cujo constante perigo de explosão e contaminação – e os exemplos de Tschernobil e, recentemente, Fukuiama, deixam isso bem claro – ameaça não só aqueles que decidiram construí-las e delas se beneficiam. A forma de organização de mercados nacionais é capaz de desestabilizar mercados inteiros, e uma crise do mercado imobiliário nos Estados Unidos (2008) alastra-se e prejudica o mundo. A ameaça do terrorismo internacional cria uma situação de constante medo, alterando políticas internacionais de segurança e, como consequência, modifica-se a compreensão de direitos e garantias individuais, passando a se aceitar práticas invasivas de vigilâncias, por vezes tidas como natural e até saudável. A crescente degradação ambiental, a alterar o clima mundial, sobretudo em razão das atividades dos

Niveau und beeinflussen mittelbar und unmittelbar die Volkswirtschaften in bisher unbekanntem Ausmaß“.

⁶¹² PERRATON, J.; GOLDBLATT, D.; HELD, D.; MCGREW, A. *Die Globalisierung der Wirtschaft*, in: BECK, Ulrich (Org.). *Politik der Globalisierung*. Frankfurt/M, 1998 *apud* HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, cit., p. 102.

⁶¹³ HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, cit., p. 102.

⁶¹⁴ BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

países industrializados e em desenvolvimento, gera graves preocupações políticas, principalmente porque parcela significativa do mundo sequer iniciou a sua industrialização, condição necessária para o fortalecimento econômico.

Do ponto de vista geopolítico destacam-se dois macro-momentos. O primeiro, já se delineando com o fim da guerra e a disputa pela influência entre os vencedores, mas, sobretudo entre Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), a Guerra-Fria, pode ser caracterizado como a oposição entre o capitalismo, com a pretensão de afirmar o valor da liberdade – principalmente a liberdade no sentido liberal, e abstrata portanto, percebida como liberdade de iniciativa, proteção à autonomia privada através da proibição de intervenção estatal, à propriedade e garantia dos contratos – e o comunismo, que fundava na igualdade sua referência primária, caracterizada pela planificação da economia, socialização dos meios de produção, ampla possibilidade de intervenção estatal, e limites rígidos à propriedade privada. O conflito se encerrou com a queda do muro de Berlim, símbolo tanto da vitória capitalista quanto do fracasso do comunismo real.

Com isso, a partir da década de 90, tem-se o segundo momento, quando então o caminho restou aberto para o avanço da liberdade abstrata do neo-liberalismo, caracterizada fortemente pelo seu viés econômico. Por se tratar do presente, é tal período ainda de difícil compreensão e análise, disputando diversas teorias sua conceituação científica e filosófica. O conflito entre capitalismo e comunismo é substituído pelas moralmente injustificáveis disparidades entre o norte rico do globo terrestre e o sul, pobre e subdesenvolvido, figurando os antigos países comunistas como pertencendo ao “segundo-mundo”, vale dizer, ocupando uma posição intermediária entre os de primeiro e terceiro mundo. Mesmo nos países desenvolvidos há bolsões de pobreza, e, catalisada pela

descolonização, o desafio do multiculturalismo cresce: dentro dos Estados convivem cidadãos, imigrantes, legais e ilegais, de diferentes origens, gerando sociedades heterogêneas, que não compartilham os mesmo hábitos, costumes, religião e às vezes até mesmo idioma, e, por essa razão o grau de complexidade social eleva-se. O ocidente secularizado opõe-se, ainda, às sociedades fundamentalistas, principalmente de base islâmica, o que se caracteriza como um novo desafio político⁶¹⁵.

A tecnocracia econômica que se instalou no poder tinha como estratégia tornar as opções alternativas à sua proposta invisíveis, através do argumento *ad terrorem* da crise econômica. Mais do que isso, suas propostas foram axiológica e politicamente neutralizadas por meio do discurso tecnicista, tidas como verdades absolutas. O Estado retorna a ser visto numa perspectiva negativa, como mal necessário, e, uma vez que não seja possível que desapareça, deve ser enjaulado num Estado Mínimo, preocupado principalmente com a garantia da propriedade e do livre fluxo de capitais e mercadorias⁶¹⁶. Aqui, o capitalismo e o socialismo se encontram, porém numa unidade abstrata, contraditória e incoerente, que se manifesta na social-democracia (que tem como marco maior o neoliberalismo, expresso ou implícito)⁶¹⁷. A unidade precária está justamente em querer imputar ao Estado, em seu conceito, o problema da sociedade civil.

⁶¹⁵ V. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation, cit.*, p. 92-3.

⁶¹⁶ Note-se, entretanto, que o livre fluxo de pessoas, por ir na contramão dos interesses mercadológicos, é por tudo e por todos evitado. Considerada ilegal, a migração é um problema de nosso século, incentivada pelos pólos de riquezas entrincheirados pelo mundo, e facilitada pelo crescente mercado de transportes. Nada obstante, como salienta HOBBSBAWN, somente 3% da população mundial vive em países que não o seu de origem, *cf.* HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 43.

⁶¹⁷ *Cf.* REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25-41. PINTO COELHO sustenta que é justamente a compreensão da

Entre nós, tal situação foi denunciada, na década de 90, por JOAQUIM CARLOS SALGADO: o desmonte do caráter ético do Estado de Direito contemporâneo, sobrepujado por uma exacerbação do caráter técnico, que faz parte da totalidade ética do Estado Contemporâneo, mas que o toma de assalto e se torna agente da soberania⁶¹⁸. O Estado Ético é subjugado por um Estado *Poiético*⁶¹⁹.

A tentativa de eliminar a politicidade da vida humana como uma característica intrínseca do liberalismo já houvera sido notada e frontalmente combatida por CARL SCHMITT, em sua crítica ao Estado Liberal. Em sua obra O

necessária dialeticidade entre sociedade civil, sujeito e Estado, tendo este último como momento de unidade dialética dos anteriores, que leva REALE a concluir pela insuficiência da social-democracia como ponto de chegada do embate entre capitalismo e socialismo, v. PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *O Idealismo Alemão no Culturalismo Jurídico de Miguel Reale*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2009 (Tese de doutorado em Direito). Podemos aplicar a mesma crítica às tentativas contemporâneas de solução não-dialética do embate entre comunitarismo e nacionalismo, entre uma sociedade civil que transcende fronteiras e uma soberania que permanece como ponto fundamental da dialética dos direitos fundamentais. Tal como afirma PINTO COELHO em sua tese [cf. PINTO COELHO, *O Idealismo Alemão...*, *cit.*, p. 281-3], sem uma compreensão dialética dos conceitos componentes das estruturas do Direito e do Estado torna-se impossível superar as aporias da vida ética contemporânea, que não se satisfaz com um entendimento abstrativo destas instituições.

⁶¹⁸ “Cria-se, então, no Estado, um corpo burotecnocrata que passa a exercer a soberania, com total sujeição do político e do jurídico em nome do corpus econômico da sociedade civil”, cf. SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998, p. 57.

⁶¹⁹ *Poiético*, como explica SALGADO, “vem de *poien* (fazer, produzir) e se distingue da *téchne* (Lima Vaz). O poiético é o fazer humano para conseguir um resultado, um produto. Exemplo: fazer um móvel. Esse ato que resulta num produto é a *poiésis*, o meio (como tal) é que é a técnica. Uma razão poiética é uma razão servil; o fato, a coisa conduz a razão” [SALGADO, *O Estado Ético...*, *op. cit.*, p. 43]. O Estado Poiético, portanto, caracteriza-se como “a ruptura no Estado Ético contemporâneo que alcançou a forma do Estado de Direito” [SALGADO, *O Estado Ético...*, *op. cit.*, p. 49], sendo substituído por uma lógica de necessidades infinitas própria da sociedade civil. Assim, o que passa a ditar as escolhas e opções tomadas no bojo dos Estados, e conseqüentemente afetando o cidadão, é a técnica econômica, cf. SALGADO, *O Estado Ético...*, *op. cit.*, p. 49-50.

*Conceito do Político*⁶²⁰, SCHMITT nos adverte que o liberalismo apresenta-se como uma negação do político, e resulta de “uma tentativa de neutralizar e despolitizar a existência política”⁶²¹. Busca diluir “os antagonismos políticos em contraposições despojadas de toda carga polêmica”, além de dissolver “o inimigo, do ponto de vista do negócio, em um concorrente; do ponto de vista do espírito, em um oponente na discussão”⁶²², a guerra se torna um “conflito armado”, ou a até mesmo “intervenção humanitária”.

O neoliberalismo, como denuncia SALGADO, retomará com todo ímpeto a tentativa de neutralização política:

“O Estado poiético, burotecnocrata, é abertamente a-ético e a-jurídico. Busca justificar-se pela própria técnica ou aparência técnica que o define. O regime de 64 buscou uma justificação ética, a garantia do Estado Democrático de Direito, e, exceto no âmbito político, respeitou o elemento de base desse Estado: a segurança jurídica na qual está o direito adquirido, embora posteriormente tenha nele se instalado o aparelho tecnocrata. A dinâmica do sistema atual, porém, ameaça até mesmo a segurança jurídica ou o direito

⁶²⁰ V. SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

⁶²¹ FERREIRA, Bernardo. *O risco do Político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 52.

⁶²² FERREIRA, *O risco do Político...*, cit., p. 52. Observa SCHMITT que “o pensamento liberal, de uma maneira sumamente sistemática, contorna ou ignora o Estado e a política e move-se, em lugar disso, em uma típica polaridade, em permanente retorno, entre duas esferas heterogêneas, ou seja, entre ética e economia, espírito e negócio, cultura [*Bildung*] e propriedade. A desconfiança crítica contra o Estado e a política se esclarece facilmente a partir dos princípios de um sistema para o qual o indivíduo deve permanecer *terminus a quo* e *terminus ad quem*” [SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 6. ed. Berlim: Dunker & Humblot, 1996, p. 69-70, apud FERREIRA, *O risco do Político...*, cit., p. 52]. A visão arguta de SCHMITT, porém, percebe que “como realidade histórica, o liberalismo escapou tão pouco ao político como qualquer movimento humano significativo, e, da mesma forma, suas neutralizações e despolitizações (a cultura [*Bildung*], a economia etc.) têm um sentido político”, cf. SCHMITT, *Der Begriff...*, cit., p. 68, apud FERREIRA, *O Risco do Político...*, cit., p. 54.

adquirido, elemento básico do Estado de Direito que sempre foi apresentado como o elemento de suporte do Estado liberal”⁶²³.

A supremacia da constituição, característica do Estado de Direito⁶²⁴, é ameaçada pela complacência dos Poderes do Estado com as diretrizes financeiras internacionais⁶²⁵, e o risco de um “Estado de Juízes”, a partir da atuação aristocrática das cortes constitucionais, não é para ser descartado. Em síntese, o chamado *neoconstitucionalismo* outorga poderes a determinado grupo técnico, não legitimado pelo sufrágio, que passa a dizer o que é e o que não é a Constituição, consagrando o “positivismo jurisprudencial, como formalização e constitucionalização da política pela interpretação jurisprudencial da constituição”⁶²⁶. Chega-se ao fenômeno da “judicialização da política”⁶²⁷, no qual a decisão política é substituída por sentenças judiciais, pretensamente neutras, uma vez que não passariam de aplicação da lei. Por esta razão, BERCOVICI afirma que vivemos num Estado de Exceção Permanente, pois sempre que se fizer necessário

⁶²³ SALGADO, O Estado Ético..., *op. cit.*, p. 67.

⁶²⁴ “Verifica-se, portanto que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições”, BONAVIDES, *Teoria do Estado, cit.*, p. 41.

⁶²⁵ Como ressalta ARTHUR DINIZ, “à escala do mundo, a economia tornou-se um fim em si própria, um sistema ao qual estão submetidos todos os outros setores da vida social”, DINIZ, Arthur. A Fúria de um Mundo Agonizante. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 90, p. 7-31, jul-dez, 2004, p. 17.

⁶²⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324.

⁶²⁷ “A hipertrofia normativa, tanto no setor penal como no civil, aumenta excessivamente o poder dos intérpretes e dos juízes, a ponto mesmo de configurar um verdadeiro e próprio poder normativo das cortes, de fato autorizadas a reescrever seletivamente os textos legislativos”, *cf.* ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. *In*: COSTA, ZOLO; *O Estado de Direito...*, *cit.*, p. 73. V., ainda, TATE, C. Neal; VALINDER, T. (org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

contorcer a juridicidade em prol do econômico, do mercado e do capitalismo, isso será feito:

“Um dos fundamentos de transferência deste processo é o interesse das elites em isolar, por exemplo, as instituições econômicas da política democrática, ou em garantir determinada concepção político-ideológica apesar das maiorias democráticas, preservando-se interesses hegemônicos que podem não mais ter sustentação popular”⁶²⁸.

A hipostasiação da técnica e a pretensão de regulamentar em pormenores os vários setores da vida conduzem à inflação normativa, que, por sua vez, acompanhada da falta de compreensão e efetividade do direito, coloca em risco que se mergulhe numa anomia⁶²⁹. Diante disso, julga-se haver se completado o enfraquecimento da soberania interna, e afirma-se que a soberania popular tornou-se um conceito demagógico⁶³⁰.

Por seu turno, o processo político democrático se vê pautado numa democracia de massa, numa “pseudo-democracia embasada apenas na *doxa*”⁶³¹, em que o critério de decisão se confunde com o *marketing* midiático. A falência da

⁶²⁸ BERCOVICI, *Soberania e Constituição...*, cit., p. 326.

⁶²⁹ “A fragmentariedade das disposições, a referência a situações de emergência, a propensão a ‘programar’ em vez de disciplinar agravam a tendência dessa legislação estatal de perder o requisito da generalidade e abstração e de se aproximar sempre mais, na substância, das medidas administrativas. E, naturalmente, o modelo do ‘Código’, com as suas pretensões iluministas de clareza, sistematicidade, universalidade e invariabilidade no tempo, tornou-se, enfim, um resíduo histórico propriamente dito, submerso pela avalanche caótica da microlegislação”, cf. ZOLO, *Teoria e Crítica...*, in: COSTA; ZOLO, *op. cit.*, p. 73.

⁶³⁰ BERCOVICI, *Soberania e Constituição...*, cit., p. 341-3; PAULO BONAVIDES falará em sucessivos “golpes de estado institucionais” a retaliar a Constituição, outrora consagrada pelo poder constituinte originário, cf. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*; a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 139.

⁶³¹ PINTO COELHO, *O Idealismo Alemão...*, cit., p. 114-5.

democracia representativa faz aparecer o suspiro ainda frouxo da democracia participativa, na qual a crítica ao modelo que se quer superar, por razões confusas, acaba por engrossar o coro da crítica à soberania.

Chega-se então a afirmar a inexistência da soberania externa, consequência do processo de globalização. As decisões passam a abarcar e repercutir em todo o planeta; o mercado e as empresas tornam-se transnacionais e encontram-se para além do controle estatal⁶³². Aliás, advoga-se que o próprio Estado deve ser gerido tal qual fosse uma empresa privada, tudo para a garantia da eficiência:

“O processo de mundialização econômica está causando a redução dos espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais ‘neutros’ (banco, agências governamentais ‘independentes’, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da *governance*, portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é gerada pelo excesso de democracia”⁶³³.

Ademais, os efeitos não se limitam ao plano econômico, mas afetam, igualmente, e de modo direto,

“las políticas internas globales, el mantenimiento de la paz y la violencia organizada, los nuevos medios y redes de

⁶³² V. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 2, n. 2, mar. 1998, p. 363.

⁶³³ BERCOVICI, *Soberania e Constituição...*, cit., 334-5.

comunicación o los florecientes movimientos migratorios y las formas culturales híbridas”⁶³⁴.

As ordens normativas supra-estatais que emergem com maior vigor na segunda metade do século XX, como os tratados continentais – a exemplo da formação da União Europeia – e a tentativa de estabelecimento de um crescente direito internacional (através da ONU, OMC e outros organismos internacionais), são compreendidos como a alienação da autodeterminação estatal:

“[os Estados soberanos] não estão em condições de enfrentar problemas de escala global, como a contenção do desequilíbrio ecológico, o equilíbrio demográfico, o desenvolvimento econômico, a paz, a repressão da criminalidade internacional, a luta contra o *global terrorism*”⁶³⁵.

Desde os atentados de 11 de setembro de 2001, o combate ao difuso terrorismo⁶³⁶ tem sido razão suficiente para a suspensão de direitos e garantias fundamentais, não só nos Estados Unidos, mas em inúmeros países ocidentais, como no Reino Unido, Alemanha, Portugal, França e Canadá⁶³⁷.

⁶³⁴ Cf. TEROL BECERRA, Manuel. Globalización Versus Universalización Constitucional en el Mediterráneo. Propuesta Metodológica para un análisis de la diversidad. In: *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 60, 2004, p. 78.

⁶³⁵ Cf. ZOLO, Teoria e Crítica..., in: COSTA; ZOLO, *op. cit.*, p. 80.

⁶³⁶ CALDEIRA BRANT, discorrendo sobre a arquitetura jurídica internacional e a problemática definição de terrorismo, salienta que a guerra internacional, a partir do 11 de setembro, evidencia a crise do Direito Internacional e a posição hegemônica norte-americana, v. CALDEIRA BRANT, Leonardo Nemer. Terrorismo Internacional: a guerra preventiva e a desconstrução do Direito Internacional. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 90, p. 199-237, jul-dez, 2004.

⁶³⁷ No Reino Unido criou-se o *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, em 18 de dezembro de 2001; na Alemanha, o *Terrorismusbekämpfungsgesetz*, de 9 de janeiro de 2002; em Portugal, no ano de 2001, a constituição foi modificada para permitir acesso noturno à domicílio; no Canadá, o *Canadian Antiterrorism Act*, de 18 de dezembro de 2001; na França houve exacerbação da legislação penal repressiva e, nos Estados Unidos, os conhecidos

Some-se a isso arbitrariedades particulares perpetradas pelos Estados, e a incapacidade dos atuais órgãos internacionais de lidar com esses problemas:

“A amplitude do fenômeno é a consequência não só do caráter despótico ou totalitário de muitos regimes estatais, mas também de decisões arbitrárias de sujeitos internacionais dotados de grande poder político, econômico ou militar: um poder que os processos de globalização tornaram sobrepujante e incontrolável e contra o qual se perfila a sombra do *global terrorism*”⁶³⁸.

A organização e formação de blocos internacionais vêm crescendo vertiginosamente, e seu modelo mais avançado é a União Européia. Mas não se pode olvidar de pactos de organização militar, como a OTAN (Organização do Atlântico Norte) e o Pacto de Varsóvia⁶³⁹, e dos blocos econômicos, tais quais o NAFTA, a APEC, a ALCA, o Pacto Andino, o Mercosul, a UNASUL e outros⁶⁴⁰.

No mesmo sentido, a idéia de território seria atualmente obsoleta, pois face às amplas facilidades de transporte – naval, terrestre e aéreo, por meio de aeronaves supersônicas – e a entrada na era digital, que representa facilidades de comunicação, trocas e comércio através da rede mundial de computadores, não

Patriot Act, I e II, de 2001 e 2003, respectivamente, cf. BERCOVICI, *Soberania e Constituição...*, cit., p. 332.

⁶³⁸ ZOLO, *Teoria e Crítica...*, in: COSTA; ZOLO, *op. cit.*, p. 71.

⁶³⁹ Ambas as entidades militares foram criadas no contexto da Guerra Fria. A primeira representando o bloco Norte-Americano e o oeste Europeu, e, a segunda, liderada pela União Soviética, englobava os países de orientação comunista.

⁶⁴⁰ Respectivamente, Tratado de Livre Comércio da América do Norte – englobando México, Canadá e Estados Unidos; Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico, criado em 1993, e engloba vários países, como os Estados Unidos, Japão, China, Coreia do Sul, Hong Kong, Cingapura, Malásia, Tailândia, Indonésia, Brunei, Filipinas, Austrália, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné, Canadá, México; Área de Livre Comércio das Américas, em implementação entre a América do Sul e América do Norte; o Pacto Andino engloba Peru, Venezuela, Colômbia e Equador, criado em 1969, com apoio dos Estados Unidos; e, por fim, o Mercosul e o UNASUL, que visam integrar a América Latina.

haveria utilidade ou razão de se inserir o território como conceito imprescindível à existência de Estados, afinal, as barreiras geográficas desmoronaram-se. Por fim, inexistindo características básicas do Estado, como o território, que passaria a ser virtual, a soberania, que se alienaria em entes supranacionais, e um povo, já que todos seriam, agora, cidadãos do mundo, seu fim estaria constatado.

Vive-se uma verdadeira *estatofobia*⁶⁴¹, pois tanto ideólogos inclinados à direita e à esquerda, cerrados em visões particularizadas, abstratas e unilaterais da política, direito e Estado, percebem apenas seu momento de crise. Paradoxalmente, o enfraquecimento do Estado empodera as empresas transnacionais, que coletam informações pessoais de seus “clientes” via internet, cartão de crédito, movimento de conta bancária etc. Formam-se grandes bancos de dados, com enorme valor comercial, e os mecanismos de controle são sabidamente frouxos.

Toda essa crise da soberania, interna e externa, e do Estado, está dialeticamente relacionada à incapacidade de concretização dos direitos fundamentais, principalmente os direitos de cunho social e transindividual, já alçados, desde a Revolução Francesa, ao plano de reconhecimento da universalidade, por meio do mote *liberté, égalité e fraternité*⁶⁴² e da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Atualmente, o ideal da

⁶⁴¹ Cf. HORTA, *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito...*, cit., p. 146.

⁶⁴² HORTA defendeu, em sua Tese de Doutorado, que as chamadas gerações de direito, ou seja, a primeira geração caracterizada pelos direitos civis e políticos, a segunda pelos direitos sociais e coletivos, e a terceira pelos direitos difusos, seriam, respectivamente, expressão do ideário francês de liberdade, igualdade e fraternidade, mas não tomados de forma segmentada, mas como círculos concêntricos, que giram velozmente e formam uma unidade, v. HORTA, *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito...*, cit.

Revolução encontra-se positivado nas constituições de todo o mundo⁶⁴³, e foi reiterado na Carta das Nações Unidas, além de ser densificado nos instrumentos normativos em que se baseiam as Cortes regionais de garantia dos Direitos Humanos, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos. Estes direitos, entretanto, apresentam um déficit no plano da universalidade concreta, vale dizer, não são fruíveis, e, por conseguinte, mantem-se, em grande parte, no plano da abstração. Nesse sentido, SALGADO afirma o seguinte:

“Esses direitos fundamentais, contudo, atribuídos ao sujeito de direito universal só se tornaram possíveis ao fim de um processo histórico e com o reconhecimento de valores criados pela cultura ocidental, pela ponderação da razão, desenvolvida: a) a partir da intuição desses valores considerados como exigíveis e universalmente atribuíveis; b) pela declaração e pelo reconhecimento desses valores por ato de vontade universal, portanto formalmente postos como direitos nas constituições e, finalmente, c) como efetivação desses direitos pela sua fuição e seu exercício pelo sujeito de direito universal. Eis aí os momentos mais significativos do que se pode entender como idéia de justiça no mundo contemporâneo, ou uma justiça universal concreta”⁶⁴⁴.

⁶⁴³ “Ainda que se não tenha chegado a uma universalidade homogênea de repúblicas puras, a que se refere Kant, a uma paz perpétua, o mundo atual é o mundo em que se dá a consciência universal desses direitos e do Estado que os declara, em vigor na maioria dos Estados civilizados, ainda que coexistam com autocracias ou Estado na sua pura existência e não ainda no seu conceito ou racional, vez que se trata de um processo dialético e não de imposição mecânica”, cf. SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 2-3.

⁶⁴⁴ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 258.

Por essa razão, a tese de fim do Estado não apresenta uma solução adequada, e, pela sua particularidade, deve ser caracterizada como discurso ideológico⁶⁴⁵.

Assim,

“Em um sistema crescentemente assimétrico, não é improvável que muitos Estados nacionais, antes de se terem plenamente estruturado, submerjam ou fiquem à deriva; que se formem, mais ou menos precariamente, outras unidades políticas; que novas ordens imperiais se construam. O que significa, nesse contextos, em países como o Brasil, alardear as doudas teses sobre o ‘fim do território’ ou ‘um mundo sem soberania’? Significa, por exemplo, que a questão do controle sobre a Amazônia perdeu qualquer relevância? Como anda a abertura do Alasca à ‘comunidade internacional’? A obsessão pelo controle da Eurásia é mero sadismo de intelectuais entediados? Como explicar, à luz destas teses, o crescimento das forças armadas convencionais dos EUA e a expansão territorial da OTAN? E a invasão do Iraque, prenúncio de outras investidas de ‘libertação’ pela principal potência imperialista do planeta?”⁶⁴⁶

Também em defesa do Estado, sustenta DANILO ZOLO:

“não se pode certamente afirmar que nas sociedades complexas do Ocidente, hoje, estejam em crise os pressupostos filosóficos do Estado de Direito [...] O que parece estar em crise é , antes, a ‘capacidade reguladora’ do ordenamento jurídico, ou seja, o ‘rendimento’ em termos de

⁶⁴⁵ V. ESPADA, João Carlos. O Projecto Europeu: Estará o Estado-Nação em Vias de Desaparecimento? In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 87, pp. 73-98, julho, 1998.

⁶⁴⁶ ALMEIDA, Lúcio Flávio de. Apontamentos sobre imperialismo, soberania e antiimperialismo na alvorada do século XXI. In: DOS SANTOS, Theotonio (Org.). *Globalização, Dimensões e Alternativas: hegemonia e contra-hegemonia*, v. 2. São Paulo: Loyola, 2004, p. 360-2. HOBBSAWM também afirma que “a globalização avançou em quase todos os aspectos – econômico, tecnológico, cultural, até lingüístico –, menos um: do ponto de vista político e militar, os Estados territoriais continuam a ser as únicas autoridades efetivas”, HOBBSAWM, *Globalização...*, cit., p. 28.

efetividade normativa das prescrições da lei, procedentes dos diversos órgãos que desempenham – ou deveriam desempenhar – funções legislativas”⁶⁴⁷.

BERCOVICI entende como falacioso o anúncio do fim do Estado. Na verdade, trata-se de uma situação de domínio internacional por um Estado forte, capaz de interferir na liberdade dos demais:

“Sobre a crise do Estado e a pretensa superação da soberania, De Vergottine lembra que o Estado ainda é o principal protagonista dos conflitos, especialmente da guerra. O que ocorre na atualidade não é a substituição do Estado pelo mercado ou pelos agentes econômicos privados, mas a perda da discricionariedade dos Estados que não têm liderança internacional para decidir sobre a guerra. Portanto, há a hegemonia de outro Estado, que decide quem é o inimigo e sobre a guerra, impondo suas decisões aos demais. O Estado continua detentor dos poderes excepcionais e da tutela da segurança interna e externa, ou seja, nesse campo, o Estado continua soberano, ainda que condicionado pela potência hegemônica, inclusive para a proteção e expansão dos mercados”⁶⁴⁸.

Ademais, REALE afirma que

“Há várias décadas, a soberania é entendida como poder condicionado, tal a sua natural inserção no sistema de forças internacionais, mas nem por isso se poderá falar, não obstante a crescente globalização, no Estado evanescente ou de força aparente. Enquanto houver nações distintas, com seu campo próprio de valores e interesses, será impossível abandonar o conceito de soberania”⁶⁴⁹.

O Direito foi a forma que o ocidente encontrou para realizar a liberdade e a justiça enquanto ordem, e o *locus* que medeia ambos os valores é o Estado. É no Estado e através do Estado que o homem concretiza a razão na

⁶⁴⁷ ZOLO, Teoria e Crítica..., in: COSTA; ZOLO, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁴⁸ BERCOVICI, *Soberania e Constituição...*, *cit.*, p. 334.

⁶⁴⁹ REALE, Miguel. *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*. São Paulo: Senac, 2000, p. 57.

história⁶⁵⁰, e, conseqüentemente, sua liberdade, desaparecendo a contraposição mecanicista entre poder e liberdade. SALGADO, assim, concluí que

“A idéia de justiça no mundo contemporâneo deve ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito, portanto dos direitos fundamentais, como resultado dos vetores dialeticamente opostos da história do Ocidente: o poder como liberdade unilateralizada e o direito como liberdade bilateralizada (ou pluraliteralizada)”⁶⁵¹.

Num mundo globalizado e interdependente, porém, a idéia de justiça deve ser pensada igualmente de forma mundial, como adverte SALGADO:

“Não é justa a sociedade alemã, francesa, italiana, estadunidense, etc., se abstratamente consideradas, ou seja, sem se considerarem inseridas na totalidade da humanidade, portanto, como parceiros da Namíbia, de Biafra, Congo, das Favelas do Brasil, etc. Não são justas aquelas sociedades sem se levar a efeito uma globalização jurídica [...] A menos que

⁶⁵⁰ “Fora do Estado, o homem estará fora da sua essência. Nele é possível, e só nele, que a razão se realize na forma da vontade. O Estado é o revelar-se do Espírito como resultado de um processo histórico (*Gang*) pelo qual o Espírito se mostra como absoluto, como razão ou liberdade que a representação religiosa denomina Deus (*Gott*) e que encontra o seu momento de plena realização na sociedade humana ou no seu mundo (*Welt*). O Estado realiza assim o absoluto, o Espírito em sua totalidade como instituição necessária e não como criação da vontade particular contingente. Como todo orgânico é resultado de um processo de formação, interno a ele mesmo, cujos indivíduos não são partes anexas umas às outras ou justapostas por vínculo externo, mas momentos do todo, de modo que ‘cada parte é o todo e o todo cada parte’, cf. SALGADO, *A Idéia de Justiça em Hegel*, cit., p. 402.

⁶⁵¹ Cf. SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 1; “A idéia de justiça no mundo contemporâneo é, pois, entendida como a processualidade histórica da inteligibilidade do direito, o resultado dessa processualidade que se acumula no presente histórico do nosso tempo, e se expressa na efetividade do direito na ordem social justa como sentido universal, vale dizer, que efetiva a legitimidade do poder mediante a procedimentalidade democrática, enquanto esse poder tem origem na vontade popular e se estrutura na divisão da competência para o exercício do poder, com vistas ao seu núcleo (a declaração de direitos) e conteúdo axiológico, como processo historicamente revelado, constituído dos valores fundamentais da cultura, então formalizados conscientemente na declaração dos direitos fundamentais, na constituição, para a sua plena efetivação”, SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 257.

não se considerem povos diferentes dos europeus como pertencentes à mesma espécie humana, ou que haja raças inferiores e que as situações dos Estados desenvolvidos não são contingenciais, não há como não reconhecer o direito igual de todos os homens à riqueza socialmente produzida pela humanidade [...] A *fraternité*, como terceiro vetor da idéia de justiça da Revolução, pode pois ser entendida como solidariedade, não, porém, somente moral, mas como direito, portanto exigível na sua essência, embora não acostado em força aparelhada que garanta sua eficácia”⁶⁵².

O raciocínio acima é preciso tanto para se pensar os direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, ao trabalho *etc.*, quanto os direitos transindividuais, tais quais o direito a um meio-ambiente saudável, o acesso a recursos escassos – mas necessários à vida –, o direito ao desenvolvimento sócio-econômico sustentável, dentre outros.

O Estado torna-se inefetivo, pois incapaz de cumprir com seu destino, elaborado historicamente e positivado nas constituições. O Sujeito de Direito Universal, resultado do processo histórico de reconhecimento dos valores dialeticamente processualizados na cultura ocidental, fica desamparado. Por essa razão, deve-se buscar, no plano internacional, a superação do momento poético da globalização, análogo à sociedade civil ⁶⁵³, no qual se formaram blocos econômicos, mas que, *em-si*, não se sustentam. Aponta-se à necessidade do reestabelecimento lógico-dialético a partir da suprassunção desse momento ao plano de uma justiça universal concreta. Não há como se resguardar os direitos fundamentais somente no plano interno, é preciso realizá-los universalmente.

Evidentemente essa universalização da Justiça, por meio da universalização dos Direitos Fundamentais, não pode se dar de forma abstrata,

⁶⁵² SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 258-60.

⁶⁵³ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 260.

quando, por exemplo, pela imposição, sem alteridade e reconhecimento, de patamares de conduta ainda não assimiladas do ponto de vista das exigências constitucionais de um povo, pela simples conquista bélica, ou pela simples ameaça dos “embargos econômicos”. Do ponto de vista filosófico, cabe-nos compreender o caráter dialético do processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais como um processo de *reconhecimento* (que pressupõe, também no plano entre-nações, o esforço de mútuo conhecimento e a oposição dos iguais como outro) com internalização do processo em cada qual (cada nação, cultura ou povo que se dialetiza na história), para que o caráter de universalidade dos Direitos Fundamentais se realize concretamente e não abstratamente. Essa compreensão não exclui a soberania como conceito necessário do processo ético-político. Antes, preserva esse conceito como essencial à realização concreta dos Direitos Fundamentais, pensada como direito a autodeterminação, mas uma autodeterminação que se dá no plano da liberdade concreta, levando em consideração os demais Estado, atores no plano internacional, que formam, conjuntamente, uma sociedade de Estados.

Assim, em que pese o malogro da Constituição da União Européia⁶⁵⁴, é imprescindível, para que se rompa com o sistema das necessidades⁶⁵⁵, que haja

⁶⁵⁴ A não aprovação da Constituição Européia pela França e Países Baixos desencadeou uma crise de legitimidade da Carta, e teve de ser contornada por um tratado de Lisboa (2007).

⁶⁵⁵ “Ora, o sistema das necessidades das carências estabelece-se no livre jogo do mercado, pelo qual as necessidades exigem e criam necessidades, cuja satisfação se alinha numa cadeia infinita, segundo o conceito do mal infinito hegeliano, pelo qual sempre se quer mais, sempre se exige mais, sempre se põem mais produtos técnicos à fruição também interminável do consumidor, sem limites. No plano internacional não pode haver limites para o mais forte, portanto não pode impor-se a racionalização ética se se permanece no sistema das necessidades, cujo avanço se impõe por todas as formas, inclusive a guerra. Esse infinito fruir, contudo, traz dentro de si seus próprios limites na medida em que a ilimitada necessidade de uns é também a ilimitada necessidade de outros. Essa razão

uma Constituição escrita do bloco, positivando racionalmente a vontade dos Estados soberanos – e não apenas acordos econômicos, pois aí se continuaria no plano das necessidades e da sociedade civil, no âmbito internacional – e que deve ser ratificada no plano interno pelos Estados que deseje aderir-la. Somente dessa maneira pode-se estabelecer a universalidade do Direito e construir mecanismos que garantam sua efetividade pelos sujeitos de direito. Abdicar da via racional que é a idéia de justiça no plano universal, por meio do direito, expressão ocidental do máximo ético⁶⁵⁶, significa deixar o mundo à deriva, à mercê de uma negatividade⁶⁵⁷ tal, que pode representar catástrofes humanitárias inigualáveis.

5.4. Responsabilidade de Proteger e a Soberania como Responsabilidade

A partir da década de 90, com a Guerra Fria definitivamente encerrada, a atenção internacional voltou-se para os inúmeros conflitos ao redor do mundo que não se enquadravam no tradicional conceito de guerra, substituído retoricamente pela expressão “conflitos armados”, termo cunhado para designar uma modalidade de ameaça à paz que se tornou comum, caracterizada pela assimetria entre os participantes: de um lado, Estados, de outro, grupos sem qualquer status formalmente reconhecido, seja de caráter político, étnico,

mecânica exige, por outro lado, a intervenção de uma razão dialética mais propriamente dialogal, em que o limite ético da razão se faz necessário”, SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 262.

⁶⁵⁶ “A idéia de justiça no mundo contemporâneo, tal como a tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o *maximum* ético, e a justiça como o desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas”, SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 8.

⁶⁵⁷ V. SANTOS, *O Trabalho do Negativo...*, cit.

ideológico ou até mesmo sem qualquer traço distintivo, como no caso da pirataria. Tais conflitos, em regra intra-estatais e dirigidos contra minorias, possuem uma “baixa densidade”, ou seja, não são utilizados métodos tradicionais de guerra e tampouco possuem alvos estritamente militares: visam criar um clima psicológico de medo e insegurança constantes, envolvem civis, surpreendem pela ousadia e daí o recorrente emprego do conceito não bem definido de “terrorismo” para também designá-los⁶⁵⁸. Cita-se, a título de exemplo, o massacre ocorrido em Ruanda, no conflito entre Hutus e Tutsis, em 1994, e o genocídio da Bósnia, entre 92 e 95.

Um efeito direto desse tipo de conflito são os chamados “deslocados internos”⁶⁵⁹, massas populacionais que, apesar de fugirem das ondas de violência, não chegam a atravessar a fronteira do país, e, conseqüentemente, não possuem o *status* de refugiados de guerra. Continuam sendo vítimas em e de seus países, apesar de, paradoxalmente, estarem sob os seus cuidados, vivendo nada obstante sem infra-estrutura, e tornando-se alvos de violência, doenças e fome – e, assim, a

⁶⁵⁸ V. WENZEL, Matthias. *Schutzverantwortung im Völkerrecht: Zu Möglichkeiten und Grenzen der ‚Responsibility to Protect‘-Konzeption*. Hamburg: Dr. Kovac, 2010, p. 1.

⁶⁵⁹ O número de deslocados internos aumentou, de aproximadamente 16 milhões em 1989 para 28 milhões em 1994. Atualmente a cifra se encontra em 27,5 milhões. Deslocados internos é definido como “pessoas ou grupo de pessoas que foram forçadas ou obrigadas a fugir ou deixar suas casas ou lugares de residência habitual, particularmente como resultado ou visando evitar os efeitos de conflitos armados, situações de generalizada violência, violação de direitos humanos ou desastres, sejam eles causados pela natureza ou pelo homem, e que não atravessaram a fronteira de um Estado internacionalmente reconhecido, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Global Overview 2011: people internally displaced by conflict and violence*. Genebra: Internal Displacement Monitoring Center, 2011, p. 13-4, disponível em < <http://www.unhcr.org/50f95f7a9.html>>, consultado em 19 de fevereiro de 2013: “persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalised violence, violation of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognised State border”.

taxa de mortalidade entre estes chega a ser até 50 vezes maior que a normal da população⁶⁶⁰.

Evidentemente, a história de conflitos de tal natureza não tem início neste período, sendo possível identificar massacres de cunho político e limpezas étnicas em todo o curso da história. Mesmo após a perseguição e eliminação sistemática dos judeus na Segunda Guerra, quando essa espécie de crime ganhou notoriedade impar, a exigir uma responsabilidade coletiva pela manutenção da paz e proteção das minorias, houve durante o pós-guerra vários casos dramáticos, a exemplo da ocupação do Timor-Leste pela Indonésia e a perseguição da população curda no Iraque, pelo “Ali-Químico”, primo de Saddam Hussein⁶⁶¹. O que vale frisar é que a repercussão e notoriedade que fatos de tal natureza passaram a ganhar no pós Guerra Fria, uma vez desencobertos do manto ideológico do conflito capitalista-comunista. Comparativamente, em 1979 foi necessário que o Vietnã invadisse o Camboja para colocar fim a um genocídio perpetrado pelo Khmer Vermelho de Pol Pot, que exterminou 1,5 milhões de seres humanos em três anos e meio, e teria feito ainda mais vítimas: e a reação internacional foi a de reprovação da agressão internacional⁶⁶². Frise-se, ainda, que a proteção jurídica contra esta espécie de crime só se deu muito recentemente, e ainda falta aos mecanismos institucionais efetividade, existindo grande grau de

⁶⁶⁰ BELLAMY, Alex J. *Global Politics and the Responsibility to Protect: from words to deeds*. New York: Routledge, 2011, p. 10.

⁶⁶¹ V. HARE, Barbara. No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955. In: *The American Political Science Review*, [s.l.]: American Political Science Association, v. 97, n. 1, fev., 2003, p. 57-73, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3118221>>, consultado em 18 de fevereiro de 2013; LEVENE, Mark. Why Is the Twentieth Century the Century of Genocide? In: *Journal of World History*, [s.l.]: University of Hawai'i Press, v. 11, n. 2, 2000, pp. 305-336, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20078852>>, consultado em 18 de fevereiro de 2013.

⁶⁶² BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect, cit.*, p. 3.

seletividade e interesse econômico nos casos de intervenção⁶⁶³. O genocídio foi somente em 1948 internacionalmente reconhecido como crime, definido no art. 2º⁶⁶⁴ da Convenção para proteção e repressão do genocídio. Crimes contra a humanidade, apesar de reconhecidos pela comunidade internacional e sancionados via tribunais *ad-hoc*, foram positivados apenas com o Estatuto de Roma, em seu art. 7º⁶⁶⁵, em 1998.

⁶⁶³ V., a esse respeito, SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 206-8: “Os interesses econômicos têm ditado a conduta dos estados na ordem internacional que, em função deles, infringem tratados, resoluções da ONU e, acima de tudo, direitos humanos. Eles são o fundamento de toda e qualquer investida de um estado em relação aos demais, o que é altamente criticável, especialmente sob o ponto de vista da doutrina kantiana, já que os outros Estados e seus respectivos cidadãos são tratados como meio” (p. 206).

⁶⁶⁴ Artigo II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) assassinato de membros do grupo; b) o dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) o submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; d) o medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) o transferência forçada de menores do grupo para outro.

⁶⁶⁵ Art. 7º - 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

A falta de elementos estruturantes de uma teoria no Direito Internacional que permitisse a intervenção internacional em caso de conflitos calamitosos, de perseguição e destruição em massa de populações, de ajuda humanitária aos deslocados internos, não permitiu que o Conselho de Segurança da ONU oferecesse uma resposta a tempo e modo em tais situações, assistindo, todo o mundo, atônito, a massacres que se imaginava não mais serem possíveis de ocorrer – tudo isso acontecendo com a complacência das grandes potências. Além de ter se tornado moral e juridicamente imperativo a proteção positiva do ser humano nestes contextos, a questão assumiu grande proporção política, colocando em xeque a credibilidade e legitimidade não só do sistema de manutenção de paz previsto na Carta das Nações Unidas, centrado operacionalmente no Conselho de Segurança, mas também da própria ONU, correndo o risco de se resvalar num puro imperialismo cultural, ou, como adverte ZOLO⁶⁶⁶, num imperialismo *tout court*.

⁶⁶⁶ “There is no doubt that it is necessary today to ensure the international, and not only national, protection of human rights. It would, however, be illusory to think that it is possible to construct a sort of global state based on a cosmopolitan rule of law that transcends national state structures. If the objectives of international law are peace and security, then the problem is to ensure that transnational interventions for the protection of human rights are compatible with cultural diversity, including the identity and dignity of peoples and the integrity of the legal-political structures that they have freely established (...)The respect for rights and the subordination of power to democratic rules are delicate goods that only the development of civil institutions, the acquisition of a minimum level of economic well-being, and above all a commitment to cultural debate and to political struggle can produce locally. This will occur only within the timeframe and according to the customs of cultures that are often far removed from the Western traditions of the rule of law and the doctrine of human rights. Any other approach—including the rhetoric of the ‘Responsibility to protect’—runs the risk of being little more than cultural imperialism and, in more serious cases, imperialism *tout court*”, ZOLO, Danilo. Humanitarian Militarism? In: BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 565.

A inércia em debelar catástrofes humanitárias foi creditada ao princípio da soberania dos Estados, ou seja, tratava-se de conflito interno, desempenhando um papel central a proibição de intervenção em assuntos domésticos e de ações militares sem autorização do Conselho de segurança, conforme art. 2º, incisos IV e VII da Carta⁶⁶⁷. O clima internacional ficou especialmente tenso em 1998, quando a situação experienciada ao longo da década de 90 parecia novamente querer se repetir. O exército Iugoslavo de Slobodan Milosevic passou a anunciar a limpeza étnica dos albaneses, em Kosovo, no ano de 1998 – momento em que Estados Unidos e Inglaterra apelaram ao Conselho de Segurança para uma ação militar, mas Rússia e China, membros permanentes, com poder de veto, fizeram-lhe oposição⁶⁶⁸. A situação já era dramática, com

⁶⁶⁷ Salienta-se que a Resolução n. 377 de 1950 da Assembléia Geral da ONU, tendo em vista falhas permanentes no Conselho de Segurança, afirmou sua competência para autorizar, excepcionalmente, o uso da força. V. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Unity for Peace, A/377*, <<http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/ares377e.pdf>>, consultado em 25 de fevereiro de 2013.

⁶⁶⁸ Os casos de intervenção militar são extremamente complexos, e Kosovo serve de exemplo do intrincado jogo de poder nas relações internacionais, e que acaba dificultando a análise, como expõe KARINE SALGADO: “Há séculos, Kosovo tem sido alvo de disputa entre albaneses e sérvios. No início do século XX, contudo, período das guerras balcânicas que terminaram com a anexação de Kosovo à Sérvia, os conflitos se tornaram mais acirrados. A população sérvia da região, a princípio maioria, foi gradualmente abandonando o território à medida que o número de refugiados albaneses crescia. No fim da década de 1980, a Sérvia suprimiu o estatuto de autonomia de Kosovo após forte pressão dos sérvios, que protestavam contra as perseguições que seus compatriotas sofriam na região. Em 1992, a República de Kosovo foi proclamada com o apoio financeiro da máfia albanesa. A princípio, com pretensões pacifistas – ao menos declaradamente –, os revolucionários que reivindicaram a independência acabaram por formar o Exército de Libertação de Kosovo (UCK), que ficou conhecido pelo seu radicalismo e violência. Em 1996, o UCK foi responsável por atos de terrorismo que ocasionaram forte repressão por parte da Sérvia. Em 1998, um acordo de cessar fogo foi assinado – acordo Holbrooke-Milosevic –, que se deteriorou com provocações clandestinas albanesas e respostas severas sérvias. Segundo Alexandre del Valle, tratou-se de uma estratégia de provocações que, posteriormente, justificaria os ataques da Otan. No intuito de por fim aos conflitos, ap[os

inúmeros abusos de direitos humanos e uma população de aproximadamente 230 mil deslocados internos⁶⁶⁹. Diante do dilema e do fantasma de Ruanda, teve-se a primeira “intervenção humanitária”⁶⁷⁰, feita pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), sem o consenso internacional nem o aval da ONU⁶⁷¹.

Logo após a crise de Kosovo, o então secretário geral da ONU, Kofi Annan, escreveu um famoso artigo na *The Economist*, afirmando um novo

acordo de cessar fogo, foi proposto o intitulado Acordo de Rambouillet, assinado pelos albaneses, após forte insistência norte-americana, e recusado, em parte, pela Sérvia, que se negava a aceitar, dentre outras exigências, a presença da Otan e o direito de passagem ilimitado de tropas estrangeiras na Sérvia, conforme previa o acordo. Em contrapartida, a Sérvia propôs que a presença da Otan fosse substituída pelos capacetes azuis da ONU ou por outras forças compostas por países não-membros da Otan. A recusa sérvia ensejou o ataque da Otan sem o mandado da ONU e sem o aval de dois membros do Conselho de Segurança: a Rússia e a China”, SALGADO, Karine, *A Paz perpétua de Kant*, cit., p. 210-11.

⁶⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE SEGURANÇA. Resolução n. 1199 de 23 de setembro de 1998, disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1199%281998%29>, consultada em 19 de fevereiro de 2013.

⁶⁷⁰ Intervenção humanitária é definida como o uso da força por um Estado, grupo de Estados, ou uma organização internacional tendo em vista o sofrimento generalizado e morte entre civis em outro Estado, afetados por graves violações de direitos humanos. Trata-se de um conceito doutrinário, que envolve questões morais e políticas, pois a ajuda humanitária prevista nos instrumentos internacionais dependem de aceitação do Estado ou de autorização do Conselho de Segurança da ONU, conforme previsto no cap. VII da Carta. Como ficará claro, o conceito de responsabilidade de proteger abrange outros tópicos que não apenas a intervenção armada. V. BADESCU, Cristina Gabriela. *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Security and human rights*. New York: Routledge, 2011, p. 9; WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A moral argument with historical illustrations*. New York: Basics Books, 1977.

⁶⁷¹ Outro uso inadequado do princípio da responsabilidade de proteger, que gerou sérios problemas, foi a invasão do Iraque em 2003 pelos Estados Unidos e Inglaterra, com autorização do Conselho de Segurança dada *ex-post facto*, justificada, em princípio, pela suposta posse de armas de destruição em massa pelo regime de Saddam. Após ficar claro para o mundo que tais armas não existiam, passou-se a justificar a invasão pela tirania e desrespeito aos direitos humanos por parte do governo do Iraque, invocando-se a, *irresponsavelmente*, a responsabilidade de proteger, EVANS, Gareth. From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect. In: *Wisconsin International Law Journal*. V. 24, n. 3, 2006, p. 717.

delineamento do conceito de soberania, através dos quais os Estados sejam instrumentos a serviço de seus cidadãos, e não vice-versa – ressaltou, porém, que o problema não está apenas na idéia de soberania, mas em como os Estados definem “interesse nacional”. Contrapôs, então, ao tradicional conceito de soberania estatal, a idéia de soberania como responsabilidade, tendo em vista a soberania individual, vale dizer, a liberdade de cada indivíduo, protegida na Carta da ONU, que deve ser utilizada para proteger os direitos humanos, e não quem deles abusa. Ficou patente a imprescindibilidade de se capacitar o sistema internacional a agir em casos de massiva e sistemática violação dos direitos humanos, com legitimidade⁶⁷².

As idéias de “soberania como responsabilidade” e “soberania humana” já haviam sido defendidas na década de 90⁶⁷³. Trata-se de uma mudança de paradigma em relação à soberania westphaliana, que acabou, ao longo da história, se desenvolvendo numa perspectiva de não-intervenção quase absoluta em relação aos súditos e recursos que o Estado dispõe. Com a pretensão de universalidade e efetividade dos direitos humanos, porém, prega-se a sua “relativização”, ou seja, que possa ser interpretado tendo em vista uma constelação de princípios e valores do Direito Internacional. Assim, passa-se a propor um conceito de soberania que, de um lado, é princípio de liberdade que informa a autodeterminação dos povos, mas, de outro, é igualmente a condição de ser responsável pelos seus cidadãos e de promover os direitos humanos, internacionalmente reconhecidos: “Sob o prisma da responsabilidade por proteger – na tradição de Hobbes – é o Estado soberano tão somente enquanto ele consiga

⁶⁷² ANNAN, Kofi. Two concepts of sovereignty. In: *The Economist*, 16 de setembro de 1999, disponível em < <http://www.economist.com/node/324795> >, consultado em 19 de janeiro de 2013.

⁶⁷³ BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect, cit.*, p. 11.

implementar sua responsabilidade de proteger sua própria população civil”⁶⁷⁴. Com o termo de “soberania humana” quer-se expressar, ainda, o crescente reconhecimento que o indivíduo vem ganhando no plano internacional, como portador parcial de sujeito de direito subjetivos, algo novo, pois tradicionalmente é o Estado o sujeito de direito internacional⁶⁷⁵.

Foi nesse contexto, motivado pelo desafio proposto por Kofi Annan, que se formou, com o seu apoio, o comitê *ad hoc* liderado pelo Ministro do Exterior do Canadá, Lloyd Axworthy, para estudar uma saída ao dilema. Formou-se assim a *Comissão Internacional para Intervenção e Soberania do Estado*, a qual publicou o resultado de seu trabalho em dezembro de 2001⁶⁷⁶, o qual serviu de base para o diálogo aprofundado sobre a *responsabilidade de proteger*⁶⁷⁷ – denominado o desenvolvimento normativo mais dramático de nosso tempo⁶⁷⁸ – até o ano de 2005,

⁶⁷⁴ SCHMEER, Elis. *Responsibility to Protect und Wandel von Souveränität: Untersucht am Fallbeispiel des Krieges in Dafur*. Berlim: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010, p. 19-20, no original: ““Unter Berücksichtigung der Schutzverantwortung ist – in der Tradition Hobbes – der Staat nur noch souverän, solange er seiner Schutzverantwortung gegenüber der eigenen Zivilbevölkerung nachkommt”.

⁶⁷⁵ SCHMEER, *Responsibility to Protect und Wandel von Souveränität...*, cit., p. 20.

⁶⁷⁶ INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS). *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Ottawa: International Development Research Centre, 2001, disponível em <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>, consultado em 19 de fevereiro de 2013.

⁶⁷⁷ Salienta-se que, no contexto em que o presidente da nação mais poderosa do mundo, o Sr. Barack Obama, é premiado com o o Nobel da Paz, no contexto de envio de tropas americanas ao Afeganistão, e, ainda, a utilização da *jihad*, ou guerra santa, contra os Estados Unidos da América, é certo que a reformulação do princípio da guerra justa, ou do *ius ad bellum*, passa pelo princípio da responsabilidade em proteger. V. BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 199 *et seq.*

⁶⁷⁸ BADESCU, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect...* cit., p. 3.

momento em que se buscou construir a primeira decisão coletiva em torno do tema na reunião geral da ONU.

O documento estabelece princípios e fundamentos norteadores da responsabilidade de proteger, além de seus elementos e prioridades. Os *princípios básicos* são que a soberania implica responsabilidade e a responsabilidade primária é do próprio país para com os seus cidadãos. Na hipótese da população sofrer sérias injúrias como resultado de guerras intestinas, insurgência, repressão ou incapacidade do Estado, e o Estado em questão não deseja ou é incapaz de interromper tal processo, o princípio da não-intervenção cede lugar ao da responsabilidade de proteger. Os *fundamentos* da responsabilidade de proteger são: a) obrigações inerentes ao princípio da soberania; b) a responsabilidade do Conselho de Segurança da ONU, conforme o art. 24 da Carta, de manter a paz e segurança internacionais; c) obrigações legais específicas de acordo com declarações de direitos humanos e de proteção humana, convênios e tratados, direito internacional humanitário e direito nacional; d) o desenvolvimento das práticas dos Estados, organizações regionais e do próprio Conselho de Segurança⁶⁷⁹.

Os *elementos* que estruturam a responsabilidade de proteger, conforme proposto pela comissão, são três: a responsabilidade de prevenir, de reagir e de reconstruir. A prevenção deve se dirigir às raízes e causas diretas dos conflitos internos, bem como outras ações humanas que coloquem a população em risco. A responsabilidade de reagir é a capacidade de responder às situações de necessidade humana com as medidas apropriadas, dentre as quais de natureza coercitiva, como sanções e responsabilização internacional, além de, em casos extremos, intervenção militar. Por fim, como elemento fundamental à legitimidade

⁶⁷⁹ ICISS, *The Responsibility to Protect...*, cit., p. XI.

de tais ações internacionais, a responsabilidade de reconstruir significa a obrigação de prover, particularmente após a intervenção militar, assistência completa com recuperação, reconstrução e reconciliação, endereçadas às causas dos danos que a intervenção foi designada para sobrestar ou evitar. Por fim, são também elencadas as prioridades, a saber, que a prevenção é a dimensão mais importante da responsabilidade de proteger, e que o exercício da prevenção e reação devem utilizar dos meios menos intrusivos e coercitivos antes de que meios mais drásticos sejam aplicados⁶⁸⁰.

Foram ainda listados princípios para a intervenção militar propriamente dita, que, entretanto, foram objeto de severas críticas. O principal ponto, considerado por demais conservador no documento – e a razão do conservadorismo foi a tentativa de se limitar as disputas e buscar pelo consenso – foi referente às causas autorizativas da intervenção: a) danos sérios e irreparáveis aos seres humanos, ou seu risco eminente; b) perdas de vida em *larga* escala; e c) limpeza étnica em *larga* escala⁶⁸¹. Além da crítica referente à falta de densidade do estudo em relação à prevenção, apesar de ter sido caracterizada como prioritária, e à reconstrução, a mais pesada controvérsia se deu em torno, evidentemente, do termo “larga escala”, considerado conceitualmente impreciso e moralmente controverso:

“Weiss também argumentou que em relação à intervenção as suas causas de justificativas tiveram o patamar autorizativo excessivamente alto. De fato, a comissão estabeleceu o limite mais acima que a prática atual do Conselho de Segurança, na medida em que excluiu da proteção civis, na hipótese de que

⁶⁸⁰ ICISS, *The Responsibility to Protect...*, cit., p. XI.

⁶⁸¹ ICISS, *The Responsibility to Protect...*, cit., p. XII.

a quantia é menor do que um assassinato genocida de larga escala”⁶⁸².

Outra grande contribuição de peso na construção do conceito de responsabilidade de proteger veio dos Estados africanos, o que ajudou a conceder à ideia maior legitimidade, dissolvendo sobretudo a crítica ao seu caráter “ocidental”. Considerando o grande número de conflitos armados ocorridos e que potencialmente possam ocorrer no território africano, foi o reconhecimento da necessidade da responsabilidade de proteger um dado convincente de que se estava a caminhar pelas vias corretas. A nova arquitetura internacional de manutenção da paz na África, constituída por meio da União Africana, que substituiu a Organização dos Países Africanos em 2003, foi marcada pela utilização de outros princípios relacionados à responsabilidade de proteger, a exemplo do deslocamento do tradicional princípio de não-intervenção em assuntos internos, colocado lado a lado ao princípio da não-indiferença, a exemplo do art. 4, ‘g’, ‘h’, e ‘j’ da Carta da União Africana⁶⁸³:

Art. 4º. Princípios. A União deve funcionar de acordo com os seguintes princípios: [...] g) não-interferência por qualquer Estado-Membro em assuntos internos de outro; h) o direito da União de intervir num Estado-Membro conforme a decisão da Assembleia a respeito de graves circunstâncias, a saber: crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade; i) o direito do Estado-Membro de requerer

⁶⁸² BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect*, cit., p. 19, no original: “Weiss also argued that when it came to intervention the Commission’s just cause thresholds set the bar too high [...]. Indeed, ICISS set the bar higher than actual Security Council practice by excluding the protection of civilians in cases that amounted to less than large-scale or genocidal killing”.

⁶⁸³ VERLAGE, *Responsibility to Protect*, cit., p. 59; BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect*, cit., p. 13-5.

intervenção da União com a finalidade de reestabelecer a paz e a segurança”.⁶⁸⁴

Após ambas as contribuições, as mudanças estruturais que conceito de responsabilidade de proteger traz foram levadas para discussão no *High Level Panel* da ONU em 2003, sendo seus resultados publicados em 2004⁶⁸⁵. O estudo não trouxe significativas modificações ao trabalho realizado pelo ICISS, mas reafirmou a emergência da norma que afirma a responsabilidade coletiva internacional de proteger, devendo o Conselho de Segurança autorizar o uso da força considerando a seriedade da ameaça, o claro propósito de proteção humanitária, a utilização da força como última opção, meios proporcionais e o balanço das consequências, significando a chance de sucesso da operação militar, em comparação com a inação. Todas essas linhas mestras foram indicadas para serem levadas em consideração pela Assembleia Geral e Conselho de Segurança para a formulação de uma resolução declaratória⁶⁸⁶.

Assim, no ano de 2005, no encontro geral comemorativo dos 60 anos da ONU, foi organizada a Resolução Geral A/60/L.1, resultado do encontro, e a responsabilidade de proteger ganhou destaque especial nos pontos 138 e 139⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ ATO CONSTITUTIVO DA UNIÃO AFRICANA. Disponível em <http://au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf>, consultado em 20 de fevereiro de 2013, no original: “The Union shall function in accordance with the following principles: [...] g) the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances; h) namely: war crimes, genocide and crimes against humanity; i) the right of Member States to request intervention from the Union in order to restore peace and security”.

⁶⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A more secure world: Our shared responsibility*; Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change. [S. l.]: United Nations, 2004, disponível em < <http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>>, consultado em 20 de fevereiro de 2013.

⁶⁸⁶ ONU, *A more secure world...*, cit., p. 67.

⁶⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *2005 World Summit Outcome*, 60/1, disponível em

Resumidamente, no ponto 138 reconhece-se a responsabilidade primária dos Estados em proteger a sua população contra genocídio, crimes de guerra, limpezas étnicas e crimes contra a humanidade, incluindo a prevenção dos crimes e de seu incitamento, através dos meios apropriados e necessários, além de se comprometerem a desenvolver, em parceria com a ONU, um sistema de rápido de alerta; no ponto 139 destacou-se o comprometimento da comunidade internacional, de acordo com os capítulos VI e VII da Carta da ONU, e sob os auspícios do Conselho de Segurança, de prevenir tais crimes, estando preparados para tomar ações coletivas, em conjunto com as organizações regionais, na hipótese de o Estado falhar nesta sua obrigação. Além disso, foi considerado que a Assembleia Geral deverá continuar a discussão sobre o tema⁶⁸⁸. Ao lado da Resolução da Assembleia Geral de 2005, também o Conselho de Segurança produziu, em 2006, a Resolução 1674⁶⁸⁹, sobre a “proteção de civis em conflitos armados”, reconhecendo e reafirmando unanimemente os pontos 138 e 139 da citada resolução.

O efeito da resolução do Conselho de Segurança no decorrer do ano de 2006 e 2007, entretanto, foi o de levantar críticas e vozes resilientes ao princípio, considerando a decisão do Conselho de segurança precipitada, e temendo, não

<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf>>, consultado em 20 de fevereiro de 2013.

⁶⁸⁸ ONU, *2005 World Summit Outcome*, cit., p. 30. A negociação para tal decisão foi extremamente complicada, principalmente pela sua associação à intervenção humanitária e ao papel que caberia ao Conselho de Segurança. Desempenhou um papel complicador, ainda, o representante dos Estados Unidos, tendo em vista não só a responsabilidade de proteger, mas também a outro ponto que estava em discussão na rodada, nominadamente o direito ao desenvolvimento e outras “metas do milênio”. V. BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect*, cit., p. 21-4.

⁶⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE SEGURANÇA. *Resolução n. 1674*, disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674%282006%29>, consultado em 21 de fevereiro de 2013.

sem razão, primeiro, que este fosse utilizado como nova forma de justificar toda sorte de intervencionismo imperialista, e, segundo, que a responsabilidade de proteger não passe de uma promessa retórica e vazia de melhora à proteção de populações vulneráveis. Algumas situações de crise que emergiram após 2005 colocaram em risco o consenso possível de ser alcançado até aquele momento, devido exatamente a utilização inapropriada, inconsistente e seletiva do princípio⁶⁹⁰.

Em 2008, durante uma disputa interna de poder na Geórgia e a região de Ossétia, ao sul, a Rússia tomou parte dessa última, mobilizando tropas que se encontravam lá estacionadas e lançando ataques aéreos pelo país. A ação ocorreu unilateralmente, sem o aval do Conselho de Segurança, e a Rússia buscou justificar a intervenção utilizando, entre outros argumentos, a responsabilidade de proteger: as forças armadas da Geórgia estariam cometendo abusos aos direitos humanos que remontavam a genocídio. No mesmo ano, o ciclone Nargis destruiu significativa parte de Myanmar, deixando a cifra de 138 mil entre mortos e desaparecidos, e 1 milhão e meio de pessoas tiveram que abandonar os seus lares. Em razão de conjunturas políticas próprias, o governo militar do país negou acesso às agências humanitárias, recusando o envio de suprimentos e assistência médica. Além disso houve protelação na liberação de visto para membros das Nações Unidas e ONGs, além da insistência do governo de ser o responsável pela distribuição dos bens à população – fundado no medo de que seria uma oportunidade para propaganda pró-democrática – o que levou, ainda, à desconfiança de que, na verdade, seriam desviados. A França iniciou, então, uma campanha para que a responsabilidade de proteger fosse utilizada nesse contexto, para que uma medida concreta fosse tomada pelo Conselho de segurança e, diante

⁶⁹⁰ BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect, cit.*, p. 27, 51.

do provável veto de membros permanentes, como a China, e da discordância de outros temporários, houve aqueles que defenderam uma ação regional para contornar o Conselho, citando Kosovo e a OTAN como precedente⁶⁹¹.

Tendo em vista o risco de se perder todo o trabalho desenvolvido, e sendo inquestionável a relevância do tema, uma vez que se trata ao mesmo tempo de resolver o conflito entre a não-intervenção como decorrência da soberania e a necessidade de proteção dos direitos humanos – e, igualmente, da legitimidade da ONU e sobretudo do Conselho de Segurança – o sucessor de Kofi Annan na Secretaria Geral da ONU, o coreano Ban Ki-moon, estabeleceu como uma de suas metas aprimorar e implementar o conceito de responsabilidade de proteger. Foi, aliás, o único concorrente ao cargo que, durante as disputas eleitorais, afirmou claramente aderir ao princípio. Foi preparado então um novo estudo, liderado por Edward Luck, para que o consenso sobre o tema avançasse na Cúpula das Nações Unidas de 2009⁶⁹².

A tarefa assumida, portanto, foi não de renegociar, reinterpretar ou pensar novas possibilidades da responsabilidade de proteger, mas dar concreção a ela, na forma em que já fora acordada na Cúpula de 2005. A responsabilidade de proteger foi defendida como sendo nem mais nem menos que o consenso obtido nos pontos 138 e 139 do documento de 2005, e a partir desse núcleo duro prosseguiram os trabalhos, consultando todos os países sobre o tema. Ficou claro, então, que o que se perderia como oportunidade de desenvolver um conceito mais amplo, capaz de responder a demandas diferenciadas – tal como o citado caso de

⁶⁹¹ BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect*, cit., p. 55-8.

⁶⁹² BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect*, cit., p. 32-3.

Myanmar – ganharia-se, porém, com a legitimidade e fortalecimento conceitual que protegesse o conceito da erosão que o colocava em risco⁶⁹³.

O secretário-Geral da ONU submeteu, então, em 2009, à Assembleia Geral, sua proposta para a implementação da responsabilidade de proteger, numa forma e modo que, após os trabalhos de Edward Luck, foi bem aceito pelos países-membros⁶⁹⁴, principalmente por se ater e centrar-se no que foi decidido na Cúpula de 2005, isto é, por mais que houvessem propostas de vanguarda, a decisão de 2005 é o que havia de efetivamente acordado, consensualmente. Foi elaborada, ainda, uma adequada fundamentação a partir das normas já existentes e válidas no sistema internacional, utilizando-se como estratégia demonstrar que o conceito já encontrava forte guarida no Direito Internacional. O núcleo conceitual da responsabilidade de proteger, conforme efetivamente acordado, é entendido segundo os seguintes parâmetros: a) a noção não diminui, pelo contrário, reafirma a soberania dos países, na medida em que os coloca como responsáveis pela proteção de sua população; b) aplica-se exclusivamente aos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e limpeza étnica – este último, apesar de não ser um crime próprio, acaba recaindo em um dos três anteriores; c) se o escopo do conceito é limitado, sua efetividade deve ser ampla, pois, conforme decidido pelos Estados-membros, deve-se utilizar os apropriados e necessários meios para prevenir, de acordo com a Carta da ONU e de modo coletivo; d) a necessária implementação de um sistema de avisos prévios de grave situações

⁶⁹³ BELLAMY, *Global Politics and the Responsibility to Protect*, cit., p. 33.

⁶⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Implementing the Responsibility to Protect*, A/63/677, disponível em <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989924d2.html>>, consultado em 21 de fevereiro de 2013.

humanitárias, que permita uma atuação justa, prudente, profissional, sem duplo critérios e seletividade, o que poderia abalar a imagem da ONU⁶⁹⁵.

A proposta de implementação estrutura-se em três pilares básicos, sublinhando o valor da prevenção, e não da intervenção. Os pilares devem ser entendidos como tendo igual importância e peso, e, apesar de sua numeração, não são para serem vistos linear ou sequencialmente, mas em conjunto⁶⁹⁶. O *primeiro pilar* é o da responsabilidade dos Estados pela proteção contra genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e limpeza étnica de sua própria população e demais pessoas que estiverem em seu território. É um corolário da soberania, e não surge com o conceito em-si, e, uma vez que tais condutas são condenadas por todos os Estados, deve ser considerado um conceito universal e incondicionável⁶⁹⁷. O *segundo pilar* é centrado no comprometimento da comunidade internacional em assistir aos demais Estados-membros a atingir esses objetivos, através do suporte de organizações regionais e sub-regionais, da sociedade civil e do setor privado, além da própria ONU, para que sejam criadas políticas, procedimentos e práticas a serem consistentemente aplicadas – e através do primeiro e segundo pilar tem-se a prevenção como elemento central para o sucesso da responsabilidade de proteger. Por fim, o *terceiro pilar* é a responsabilidade dos Estado-Membros em responder coletivamente de forma e no tempo necessário, quando um Estado manifestamente falhar em assegurar proteção. Nesse caso deve-se seguir os princípios da Carta da ONU, atuar com autorização do Conselho de Segurança, e de forma casuística, estudando as necessidades próprias de cada situação⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ ONU, *Implementing the Responsibility to Protect, cit.*, p. 7-8.

⁶⁹⁶ ONU, *Implementing the Responsibility to Protect, cit.*, p. 1-2.

⁶⁹⁷ ONU, *Implementing the Responsibility to Protect, cit.*, p. 12.

⁶⁹⁸ ONU, *Implementing the Responsibility to Protect, cit.*, p. 8-9.

O esforço da ONU, através de seu Secretário-Geral, tem sido o de desenvolver um sistema de aviso preventivo, capaz de informar, principalmente através dos *special advisors* para o genocídio e para a responsabilidade de proteger, o Secretário-Geral, que então poderá, caso julgue apropriado, levar a matéria para discussão ao Conselho de Segurança⁶⁹⁹. Em 25 de julho de 2012, Ban Ki-moon dirigiu-se novamente à Assembleia Geral, e pronunciou-se sobre o desenvolvimento da responsabilidade de proteger, identificando resultados saudáveis na utilização dos pilares um e dois, e salientando que, usado de forma correta – apesar de toda a dificuldade e polêmica – o pilar três é capaz de gerar um estado de prevenção na comunidade internacional, impedindo que os crimes de guerra, limpeza étnica, crimes contra a humanidade e genocídio aconteçam. Diante desse efeito preventivo geral, a frequência de tais crimes e a necessidade de utilização do pilar três diminuiria ao longo do tempo. Além disso, foi salientado a contribuição brasileira, com o conceito de responsabilidade *ao* proteger (*responsibility while protecting*), em que se salienta, com o objetivo de evitar o mal e

⁶⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Early warning, assessment and the responsibility to protect*, A/64/864, disponível em < <http://www.responsibilitytoprotect.org/N1045020%281%29.pdf> >, consultado em 21 de fevereiro de 2013. No relatório à Assembleia Geral, Ban Ki-moon salientou que, apesar de já existir um complexo sistema de informação sobre direitos humanos na ONU, através de estruturas já existentes, como a UNICEF, os Altos Comissariados para os Direitos Humanos e Refugiados (OHCHR e UNHCR) e ainda do Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos, há algumas lacunas que devem ser superadas, das quais destacamos duas: primeiro, a informação não tem sido gerada nem compartilhada de forma eficiente, havendo inclusive redundância; e, segundo, a informação gerada ainda não é feita pela lente da responsabilidade de proteger, o que demanda parâmetros específicos para um sistema de avisos prévios para a prevenção dos crimes cobertos pelo conceito.

o indiscriminado uso do conceito, a necessária autorização do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral⁷⁰⁰.

Juridicamente, segundo os princípios estruturantes do Direito Internacional, a responsabilidade de proteger, tal qual definida nos documentos da ONU acima apontados, apresenta-se derivada de tratados internacionais, mas pode ser realmente fundamentada apenas conforme o costume internacional, com o apoio da doutrina, decisões judiciais⁷⁰¹ e atos das organizações internacionais.

Em relação aos tratados assinados, a responsabilidade de proteger não foi expressamente tematizada, entretanto, considerando a sua gênese, conforme apresentada, sua validade decorre, em primeiro lugar, dos princípios do direito internacional constante na Carta das Nações Unidas, na tentativa de dar efetividade à proteção da dignidade humana e manutenção da paz (cf. preâmbulo, art. 1.1 e 1.3) sem, entretanto, se descuidar, por outro lado, da autodeterminação dos povos e da não-intervenção em assuntos domésticos, princípios decorrentes da soberania, conforme os procedimentos para solução de controvérsia trazidos no cap. VI e daqueles para o uso da força, no cap. VII, considerado os quatro crimes abarcados pela responsabilidade de proteger como uma ameaça ou ruptura da

⁷⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Responsibility to protect: timely and decisive response*, A/66/874 – S/2012/578, disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/874>, consultado em 25 de fevereiro de 2013; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General*, A/66/551–S/2011/701, disponível em <<http://www.un.int/brazil/speech/Concept-Paper-%20RwP.pdf>>, consultado em 25 de janeiro de 2013. V., ainda, a nota n. 436 do Itamaraty em <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/conselho-de-seguranca-das-nacoes-unidas-debate-aberto-sobre-protecao-de-civis-em-conflito-armado-nova-york-9-de-novembro-de-2011>>, consultado em 25 de janeiro de 2013.

⁷⁰¹ O costume internacional, a doutrina e decisões de cortes internacionais são, conforme o art. 38 da Corte Internacional de Justiça, fontes do Direito Internacional.

paz, nos termos do art. 39 da Carta da ONU – salientando-se que, ao lado do *jus cogens*⁷⁰², a Carta da ONU possui supremacia em relação aos demais tratados de direito internacional⁷⁰³. Igualmente relevantes são a Convenção para Prevenção e Repressão do crime de genocídio de 1948 e o Tratado de Roma de 2002, que criminalizaram condutas previstas no instituto⁷⁰⁴.

O costume internacional é uma norma não-escrita⁷⁰⁵ de Direito Internacional, dependente e criada a partir do reconhecimento internacional de uma prática ou princípio capaz de lhe servir como guia, seja expressamente, por meio de discursos e deliberações, seja pela prática em-si, sendo norma vinculativa. Nesse caso, a opinião jurídica qualificada, a *opinio iuris*, reconhecida pelos Estados, ainda que fonte jurídica subsidiária, desempenha um papel reconhecidamente

⁷⁰² O Jus Cogens é definido, positivamente, pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu art. 53: “Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens) – É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.”

⁷⁰³ Cf. Art. 103, Carta da ONU; art. 64, Tratado de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

⁷⁰⁴ VERLAGE, Christopher. *Responsibility to Protect: Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 44-52: “Zumindest das RS und die Völkermordkonvention in der Auslegung des IGH können für die völkerrechtliche Herleitung der rtp als eigene ausdrückliche Rechtsquelle dienen. Diese Verankerung allein ist jedoch für sich genommen noch nicht von einer hinreichend hohen Überzeugungskraft, da ein ausdrücklicher Vertrag zur rtp bisher nicht geschlossen wurde. Daher ist der Blick nun auf das Völkergewohnheitsrecht zu richten”.

⁷⁰⁵ V. BERNHARDT, Rudolf. Ungeschriebenes Völkerrecht. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*: Heidelberg Journal of International Law, n. 36, Heidelberg, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1976, p. 52-3.

relevante⁷⁰⁶, o que salienta a projeção dos estudos acima referenciados da ICISS⁷⁰⁷ e do Alto Painel da ONU⁷⁰⁸, comissões que contaram com *experts* – que além de dispor de mérito científico inquestionável, foi também composto de modo culturalmente diversificado – ambos sobre a responsabilidade de proteger. A esse propósito, pode-se afirmar que é crescente a adesão dos Estados à necessária permissividade de medidas militares coercitivas, ainda que contra a vontade do Estado que sofre a intervenção, em casos emergenciais de grave lesão a direitos humanos e, sobretudo, genocídio⁷⁰⁹. Tal fato é comprovado pelo reconhecimento das resoluções 1674, 1706, 1755 e 1769 do Conselho de Segurança da ONU e de sua Assembleia Geral, do seu emprego por organizações regionais, como a Carta da África, da resolução sobre a crise em Dafur do Parlamento Europeu⁷¹⁰, e, ainda que de forma inapropriada, a intervenção sem o mandato do Conselho de Segurança em Kosovo da OTAN.

Por fim, deve ser sublinhado uma base de fundamentação da responsabilidade de proteger, ainda que de modo indireto, pela Corte

⁷⁰⁶ V. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment, I. C.J. Reports, 3 de junho de 1985, Lista Geral n. 68, p. 13, § 27.

⁷⁰⁷ ICISS, *The Responsibility to Protect...*, *cit.*

⁷⁰⁸ ONU, *A more secure world...*, *cit.*

⁷⁰⁹ VERLAGE, *Responsibility to Protect*, *cit.*, p. 53, no original: “seit den frühen neunziger Jahren entwickelt sich unter den Staaten mehr und mehr die Auffassung, dass gravierende innerstaatliche Menschenrechtsverletzungen, allen voran der Völkermord, notfalls auch durch militärische Zwangsmaßnahmen gegen den Willen des Heimatstaates unterbunden werden müssen”.

⁷¹⁰ PARLAMENTO EUROPEU. Resolução P6_TA-PROV(2007)0052, de 15 de fevereiro de 2007. Disponível em < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0052+0+DOC+XML+V0//EN>>, consultado em 26 de fevereiro de 2013] PARLAMENTO EUROPEU. Resolução P6_TA(2007)0342, de 12 de julho de 2007 sobre Dafur. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0342+0+DOC+XML+V0//EN>>, consultado em 26 de fevereiro de 2013.

Internacional de Justiça. Esta aponta expressamente como *jus cogens* a proibição de genocídio – ponto central do conceito estudado – estendendo os seus efeitos, inclusive, no caso de signatários da Convenção para Prevenção do Genocídio de 1948, a países vizinhos aos quais o delito ocorra, na hipótese de saberem e terem condições de tomar providências para evitá-lo⁷¹¹.

No caso das Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Européia de Direitos Humanos, ainda que a relação com a responsabilidade de proteger seja mais distante, há passos decisivos no sentido de compreender a soberania como responsabilidade dos Estados, traduzidos no reconhecimento da inarredável obrigação jurídica dos Estados de proteção de seus cidadãos como *jus cogens*.

Como um princípio emergente, capaz de reestruturar o Direito Internacional, sua aplicação, em apenas oito anos de existência – considerando a primeira decisão na Cúpula de 2005 da ONU – não mostra resultados claros, o que, entretanto, não retira seu mérito em buscar, finalmente, a partir do consenso e de modo teoricamente estruturado, uma solução para a imperiosa necessidade de respeito aos direitos humanos básicos em todo o mundo⁷¹².

⁷¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, §§ 161, 462; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, § 64.

⁷¹² Para uma visão geral da aplicação do princípio nos conflitos atuais, de modo adequado ou não, especialmente no Iraque (2003), na crise em Dafur (Sudão), Kenya (2007), Myanmar (2008) e Geórgia (2008), v. BADESCU, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect...*, cit., p. 137-45. O princípio, ainda, é capaz de influenciar uma teoria da guerra justa contemporânea – uma vez que conflitos armados existem, ainda que com características diferentes da tradicional, não há que se questionar o suporte teórico que tal teoria pode fornecer para a compreensão deste fenômeno, que, como muitas vezes

A Corte Europeia de Direitos Humanos⁷¹³ reconhece como *jus cogens* a proibição à tortura, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além desta, associada ao tratamento cruel, inumano e degradante⁷¹⁴, ao se referir à responsabilidade do Estado de erradicar a impunidade, que contribui para violações sistemáticas de direitos humanos, concluiu que também o acesso à justiça é norma de vinculativa e com efeito *erga omnes* – após vários votos nesse sentido do Min. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE⁷¹⁵, defendendo, inspirado em HANNA ARENDT, o direito a ter direito – devendo o Estado tomar as medidas necessárias para que violações não fiquem impunes, e, ainda, a obrigação da comunidade internacional de, através do Direito Internacional, sancionar os Estados que não cumprirem a norma⁷¹⁶.

parece ser esquecido, é tão humano quanto à solidariedade, e não pode ser banido pela sua mera negação abstrata. V. STARCK, Christian (Org.). *Kann es heute noch "gerechte Kriege" geben?* Göttingen: Wallstein Verlag, 2008.

⁷¹³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Al-Adsani v. Inglaterra (aplicação n. 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709>>, consultado em 26 de fevereiro de 2013, § 61.

⁷¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides v. Peru*, Sentença de 18 de agosto de 2000, § 95-6, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>, consultada em 26 de fevereiro de 2013 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, Sentença de 4 de julho de 2006 (voto separado do Min. Antônio Augusto Cançado Trindade), § 38, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>, consultado em 26 de fevereiro de 2013.

⁷¹⁵ CORTE INTERAMERICANA..., *Caso Ximenes Lopes v. Brasil.*, *cit.* (voto separado do Min. Antônio Augusto Cançado Trindade), § 48.

⁷¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Goiburú e outros v. Paraguai, Sentença de 22 de setembro de 2006, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>, consultada em 26 de fevereiro de 2013, § 131.

A soberania em seu momento abstrato de absoluta independência como autodeterminação de um povo particular – substancializado no Estado particular – traz em-si a sua negação absoluta pelos demais Estados particulares, que, todavia, constituem-se como uma Comunidade Internacional de Estados, e, igualmente, como uma comunidade de Estados regional. O reconhecimento universal da dignidade humana, fundamento dos direitos humanos fundamentais, aparece suprassumido, a partir da sua dupla negação, no conceito de soberania responsável como autodeterminação na e perante a Comunidade Internacional de Estados. Soberania é, assim, liberdade coletiva, mas, negada a sua abstratividade, é soberania para a garantia da fruição dos direitos humanos fundamentais, cuja proteção pode vir a encontrar guarida no conceito de responsabilidade de proteger. Liberdade individual e liberdade coletiva são, portanto, a garantia de autodeterminação universal, não só pelo indivíduo, mas também, em seu caráter não-atomizado e portanto concreto, pelo Estado. Antes, portanto, de se negar a soberania no século XXI, como foi precocemente afirmado por vários teóricos, há sim a reafirmação e atualização desta como um dado ético, e não poiético⁷¹⁷.

⁷¹⁷ SALGADO, *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo...*, cit., p. 263.

PARTE III

O SISTEMA UNIVERSAL PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

6 – A EMERGÊNCIA DE UM SISTEMA UNIVERSAL PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

6.1. A PROTEÇÃO GLOBAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

As mudanças que podem ser observadas na realidade efetiva do mundo, na construção de sua história – tal qual justificado a partir da dialética especulativa hegeliana – apesar de conter todos os aspectos do contingente, da subjetividade, do efêmero, do casual, são constantemente postas face a face à idéia, expressão da razão. De fato, problemas que se apresentam são debelados com propostas racionais, as quais exigem um discurso que as justifique, e, pelas palavras, homens, povos e Estados, são “amarrados”, tendo que pagar um preço moral, político ou jurídico, quando delas se afastam, exigindo-se, no mínimo, novamente, todo um novo esforço argumentativo. A falta de credibilidade, de confiança, é fator que afeta as relações sociais travadas, trazendo sérios prejuízos em longo prazo. Este ponto, da confiança, amplamente discutido por LUHMANN, merece mais alguma atenção.

A Ética já colocou em questão se a *confiança* seria racional, correta e um mandamento moral, mas, segundo LUHMANN, as respostas não foram decisivas⁷¹⁸. Em sua perspectiva sistêmica, sem dúvida, a confiança funciona como um imprescindível redutor da complexidade social, sendo necessária à tomada de decisão concernente à *praxis*, de modo orientado. Dialeticamente, a desconfiança também desempenha um papel que não pode ser relegado a segundo plano, pois é sabida a imprevisibilidade e constante possibilidade de não atualização das expectativas legitimamente criadas. Por essa razão, afirma o autor que “a

⁷¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 4. ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000, p. 112.

confiança não pode ser uma máxima do agir válida sem exceção”⁷¹⁹, evidentemente. Quanto maior a complexidade do ambiente – no caso que nos interessa, da sociedade global, organizada politicamente em sua base por Estados, e cuja complexidade relacional aumenta exponencialmente, sem qualquer tendência em outro sentido – maior a necessidade da confiança e, conseqüentemente, da proteção à confiança⁷²⁰ e da institucionalização do controle da desconfiança. Por outro lado, tendo em vista as inúmeras variáveis que podem afetar os pressupostos em que tal decisão foi tomada, torna-se constante a necessidade de rever os acordos devido a tantas e fugazes alterações do ambiente. Assim, do ponto de vista sistêmico, a confiança é racional, garantindo-se internamente a segurança. Nas sintéticas palavras de LUHMANN, a “confiança não é o único fundamento do mundo; mas uma visão de mundo bastante complexa, porém, estruturada, não pode ser constituída sem uma verdadeira sociedade complexa, e, esta, sem confiança”⁷²¹.

É nesse sentido que para tal estruturação de uma visão de mundo mostrou-se necessário recolher, da história e da filosofia, linhas coerentes – e, portanto, racionais – de organização do mundo, e o Estado, pertencente à sociedade de Estados, funciona a partir de premissas principiológicas. Tal é a

⁷¹⁹ “Daraus folgt, daß Vertrauen keine ausnahmslos gültige Verhaltensmaxime sein kann”. LUHMANN, *Vertrauen, cit.*, p. 113.

⁷²⁰ Além do princípio da segurança jurídica, pedra angular dos sistemas jurídicos, destaca-se igualmente os princípios da boa-fé objetiva e da proteção à confiança, assumidos tanto no direito privado quanto no público, de relevância crescente. V. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa fé objetiva e irretoratividade como limitações constitucionais no poder judicial de tributar*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

⁷²¹ “Vertrauen ist nicht das einzige Fundament der Welt; aber eine sehr komplexe und doch strukturierte Weltvorstellung ist ohne eine ziemlich komplexe Gesellschaft und diese ohne Vertrauen nicht zu konstituieren”, LUHMANN, *Vertrauen, cit.*, p. 126 (tradução livre).

forma apta a formar um solo seguro para a institucionalização de normas jurídicas capazes de influenciar o comportamento, o agir dos principais atores internacionais. Torna-se, portanto, condição de possibilidade de uma sociedade organizada.

Tendo tal premissa em vista, passa-se a examinar a idéia que veio sendo desenvolvida a partir de um projeto de paz, cujos fundamentos foram sintetizados por KANT, e que busca a sua efetividade, no mundo contemporâneo, por meio da Organização das Nações Unidas⁷²². Se, num primeiro momento, o objetivo imediato foi estabelecer um mecanismo de estabilidade e paz entre as nações, hoje alia-se a essa finalidade a pretensão de proteção efetiva dos direitos humanos e fundamentais, através de um arranjo institucional elaborado por meio dos órgãos da entidade e tratados paralelos, apoiados por ela, além de se envidar esforços no sentido do aprimoramento dos mecanismos de controle. Tal sistema, que engloba a proteção universal, por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem a sua efetividade na particularidade dos sistemas regionais e na proteção concreta oferecida pelos Estados, cada uma dessas esferas de proteção se complementando. É esta estrutura que nos interessa, já acompanhada a sua formação, discutir.

6.1.1. O PROJETO DA PAZ PERPÉTUA

⁷²² O projeto kantiano se estrutura como um projeto cosmopolita, termo este que vem sendo frequentemente utilizado para se denominar a constituição do que nos referimos como “sistema universal”, para evitar uma série de problemas relacionados ao termo citado, especialmente o seu significado no sistema kantiano, derivado da perspectiva iluminista, e que vê o homem apenas em suas categorias universais, mas acaba dando pouco espaço para a sua historicidade, os seus costumes e constituição social, que o torna, igualmente, um homem particular. Nada obstante, há interessantes propostas que se aproximam da nossa, como o cosmopolitismo dialético, *v.* BURGESS, J. Peter. *Dialektischer Kosmopolitismus. Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, H. 2, ano 13, pp. 255-260, Dezembro, 2006.

A teoria kantiana de uma República Mundial (*Weltrepublik*), exposta como *modus* racional da organização internacional estatal na sua *Paz Perpétua*⁷²³, objetiva assegurar a paz duradoura na comunidade de Estados, postulando-se condições de possibilidade racionalmente pensadas para que tal ideal efetive-se. Trata, o opúsculo citado, do debate sobre os limites, necessidades e condicionamentos recíprocos entre a moral, a política e o direito, com a finalidade de se evitar a guerra, que nenhum benefício traz à população em geral.

KANT confronta, a todo o momento, o seu projeto teórico com a experiência política observável no mundo, exatamente porque reside no âmbito da política a maior dificuldade de se fazer refletir a esfera da moralidade deontológica que o filósofo tem por exigência da razão. Se, por um lado, objetivamente – ou seja, em termos teóricos – afirma KANT não existir qualquer conflito entre moral e política⁷²⁴, subjetivamente ele provavelmente sempre existirá, e que, segundo o autor, serve de pedra de afiar à virtude, e consiste menos em lutar contra todo o mal e sacrifícios que se impõem e que devem ser aceitos que em olhar nos olhos desse mal que existe dentro de nós mesmos e vencer a sua malícia⁷²⁵. Trata-se, portanto, não de um escrito meramente idealista, como pode pelo título parecer, mas de uma proposta ciente de suas dificuldades, ainda quando seu autor seja crente no progresso moral da humanidade⁷²⁶.

Para a consolidação do projeto de paz, KANT identifica três princípios ou requisitos fundamentais: a) a necessidade de que a Constituição civil em cada Estado seja republicana⁷²⁷; b) o Direito Internacional (*ius gentium*) deve ser

⁷²³ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit.

⁷²⁴ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 47.

⁷²⁵ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 47-8.

⁷²⁶ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 47.

⁷²⁷ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 10.

fundado a partir de uma federação de Estados livres⁷²⁸; e c) O direito cosmopolita (*Weltbürgerrecht*) deve-se limitar às condições da hospitalidade universal⁷²⁹.

É a partir da constituição republicana, ou seja, forma pura política fundada sobre o princípio da liberdade, da comunhão de todos os cidadãos, iguais entre si, de uma única legislação comum, que se criará a principal dificuldade a se preferir a guerra à paz, tendo em vista os malefícios, perdas de vida e bens, enfim, todo o sofrimento que esta acarreta. Não se trata de submeter a solução sobre a guerra ao povo, democraticamente, mas ter em consideração que, em tal situação político-jurídica, o interesse do cidadão será levado em conta pelo governante, de forma racional, pois o republicanismo relaciona-se à separação dos poderes e à representatividade, não se permitindo confundir o executor e o legislador da lei, ainda que esse seja o próprio povo – e, nesse caso, segundo KANT, haveria na verdade uma não-forma de governo⁷³⁰. Na hipótese contrária, num Estado despótico, os homens são tratados como meio, como máquinas de guerra⁷³¹. Por esse contraste, bem como pelo princípio da publicidade, KANT erige a constituição republicana como fundamental na política e no direito, a permitir maior controle em relação à agressão a outros Estados.

A federação de Estados livres, proposta por KANT, é o meio idôneo e racional de se superar o “estado de natureza” que se encontra entre os Estados, argumenta o filósofo. Com suporte e espelhando-se na teoria contratualista, amplamente utilizada para justificar a necessidade de constituição jurídico-política interna, sustenta-se a imperiosa instituição de um *foedus pacificum*, vale dizer, um sistema político que não simplesmente objetive obter o poder do Estado, mas sim

⁷²⁸ KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 16.

⁷²⁹ KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 21.

⁷³⁰ KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 14.

⁷³¹ KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 10-11.

manter a paz de um Estado para si, e, simultaneamente, dos demais, sem a constante coação do mais forte sobre o mais fraco⁷³². Ainda, de modo especular, seria necessário que os Estados se submetessem a um poder a impor a todos leis, e, igualmente, a garantir o seu cumprimento⁷³³. A proposta kantiana avança ainda mais, e, segundo MERLE, em acoplamento à *Weltrepublik*, propõe-se também uma *civitas gentium* (*Völkerstaat*), capaz de abranger toda a população da Terra⁷³⁴. Não querer a guerra e, também, não querer se submeter a um poder que exorbite o próprio Estado, é apontado como uma contradição⁷³⁵.

Finalmente, KANT nos fala de um direito cosmopolita à hospitalidade. Antes, porém, cabe diferenciar o direito político estatal (*Staatsbürgerrecht*), o Direito Internacional (*Völkerrecht*, *ius gentium* ou direito das gentes) e o direito cosmopolita (*Weltbürgerrecht*). O primeiro é o direito aquele que subsiste no âmbito interno do Estado, vinculando os homens como um povo. O segundo trata das relações recíprocas entre os Estados e, por fim, o terceiro é necessário e constitui-se na medida em que os

“homens e os Estados mantiverem-se na sua relação externa de influência recíproca, como cidadãos de um Estado universal da humanidade (*ius cosmopoliticum*). Esta divisão não é arbitrária, mas necessária em relação à ideia da paz perpétua. Pois, se apenas um destes Estados numa relação de influência física com os outros estivesse em estado da natureza, isso implicaria o estado de guerra, do qual se libertar é exatamente o propósito” (tradução livre)⁷³⁶.

⁷³² KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 18-9

⁷³³ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 19-20.

⁷³⁴ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 20. MERLE, Jean-Christophe. Menschenrechte und Weltstaatlichkeit. In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, op. cit., p. 369.

⁷³⁵ KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 19.

⁷³⁶ „die nach dem Weltbürgerrecht, sofern Menschen und Staaten, in äußerem aufeinander einfließendem Verhältnis stehend, als Bürger eines allgemeinen Menschenstaats

Isto posto, alerta KANT que o direito cosmopolita não é mera filantropia, e “hospitalidade significa o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em razão da sua chegada ao território de outro”⁷³⁷. Assistiria ao homem um direito de visita, pois todos são obrigados a partilhar o solo terrestre, não existindo a possibilidade, tendo em vista a esfericidade da Terra, dos povos se afastarem um dos outros. Assim, a tendência dos encontros dirigir-se-ia rumo à estabilização de relações pacíficas, a serem reconhecidas pelo direito, aproximando-se do ideal de uma constituição cosmopolita⁷³⁸.

Certamente, o cerne das idéias kantianas aqui delineados terá efetividade com os desdobramentos históricos subsequentes, a partir da crescente de integração internacional, cuja necessidade se perceberá no século XIX, quando a estabilidade – ainda que precária – proporcionada pelo Sacro Império Romano Germânico desmorona, em 1806, com as guerras napoleônicas. Apenas no século XX se consolidará, juridicamente, o *Tratado de Versalhes*, instituindo a *Liga das Nações*, inovando nas convenções multilaterais para a garantia da estabilidade na Europa, tentando-se estabelecer um equilíbrio de poder. Sintomático, ainda, que o primeiro dos famosos quatorze pontos para a paz, escritos pelo presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, trate do princípio da publicidade, colocando

anzusehen sind (*ius cosmopolitanum*). Diese Einteilung ist nicht willkürlich, sondern notwendig in Beziehung auf die Idee vom ewigen Frieden. Denn wenn nur einer von diesen in Verhältnisse des physischen Einflusses auf den anderen und doch im Naturstande wäre, so würde damit der Zustand des Krieges verbunden sein, von dem befreit zu werden hier eben die Absicht ist“, KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 11.

⁷³⁷ „und da bedeutet Hospitalität (Wirtbarkeit) das Recht eines Fremdlings, seiner Ankunft auf dem Boden eines andern wegen von diesem nicht feindselig behandelt zu werden“, KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 21.

⁷³⁸ KANT, *Zum ewigen Frieden, cit.*, p. 21.

fim à diplomacia secreta – assumido no art. 18 do tratado⁷³⁹. Apesar de seu fracasso, incapaz de conter as hostilidades que levaram à Segunda Guerra Mundial, esta veio apenas a confirmar a incontornabilidade do desenvolvimento de um sólido sistema internacional, baseado não simplesmente na política, mas numa estrutura jurídica que lhe permita perenidade.

Já no contexto da Segunda-Guerra, KELSEN ressaltou a importância e mesmo a tendência verificada do processo de união entre os Estados como a construção de um órgão central para a produção e implementação de normas jurídicas. Um Estado Mundial (*Weltstaat*), segundo o jurista austríaco, não é simplesmente a formação política de um Estado único, perigo também alertado por KANT, mas a unidade organizacional de um ordenamento jurídico, a partir de sua teoria monista do direito internacional. Trata-se, para KELSEN, não apenas de um modelo, mas da real e crescente centralização no sentido do desenvolvimento do Direito rumo à unidade de um sistema de normas, vale dizer, um ordenamento jurídico global⁷⁴⁰. Este se deu, entretanto, não pela formação de um Estado único, nem mesmo através da formação de uma federação de Estados, o que logicamente só faria sentido se contraposta pelo menos a um Estado que não figurasse nesse grupo, mas pela própria comunidade internacional, composta sobretudo pelos Estados.

Destaca-se ainda, ao lado dos conceitos apresentados, o termo *Weltstaatlichkeit* – numa tradução livre “estatalidade mundial” – que não se confunde com a proposta apresentada por KANT, como atesta MERLE.

⁷³⁹ TRAITÉ DE VERSAILLES. Paris: Librairie Militaire Berger-Levrault, 1919, p. 19, disponível em <<http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>>, consultado em 06 de junho de 2013.

⁷⁴⁰ MERLE, *Menschenrechte... cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, op. cit., p. 369.

NIEDERBERGER distingue o modelo de confederação daqueles de mais ou menos centralidade da estatalidade mundial, e o designa como o “modelo de estados mundiais centrado nos estados”⁷⁴¹:

“O marco da confederação está em que não é criada nenhuma nova estrutura geral com competência legislativa ou executiva na base de uma geral possibilidade de participação global de todos os indivíduos. A confederação contém definitivamente também algo que, segundo Kelsen, é específico para uma criação de um Estado Mundial: uma competência judicativa global. Pois confederação no sentido de Niederberger é uma ‘estrutura que garante e controla a conformidade do direito na interação entre os Estados’”.⁷⁴²

Outra interessante classificação oferece-nos HART, destacando a possibilidade de a) um poder legislativo mundial, como o modelo do parlamento britânico, que possui um poder jurídico ilimitado; b) um poder legislativo federativo, como o modelo do congresso americano, e que dispõe de competência apenas para assuntos específicos; c) um regime, no qual uma forma única de controle legal é de forma geral reconhecido e dispõe de todas as regras utilizáveis;

⁷⁴¹ „zentralstaatliche Modelle des Weltstaates“, MERLE, *Menschenrechte... cit., In: POLLMANN, LOHMANN, Menschenrechte..., op. cit., p. 370*

⁷⁴² „Das Merkmal der Konföderation besteht darin, dass ‚kein neues Gesamtgefüge mit eigener legislativer oder exekutiver Kompetenz auf der Basis genereller Teilhabemöglichkeit global aller Individuen geschaffen‘ wird. Die Konföderation enthält also durchaus etwas, das nach Kelsen für einen entstehenden Weltstaat spezifisch ist: eine globale judikative Kompetenz. Denn Konföderation im Sinne Niederbergers ist ‚eine Struktur, die die Rechtsförmigkeit [der] Interaktionen [der Einzelstaaten] garantiert und kontrolliert“, MERLE, *Menschenrechte... cit., In: POLLMANN, LOHMANN, Menschenrechte..., op. cit., p. 370* (tradução livre).

e d) finalmente, um regime no qual a única forma reconhecida de obrigação é aquela determinada em tratados ou auto-imposta⁷⁴³.

As propostas para a implementação de um sistema governativo ou de governança global, ou, ainda, o direcionamento relativo a políticas globais, variam sensivelmente entre vários autores. Nada obstante, o que vemos em curso de desenvolvimento adequa-se ao conceito de *Weltstaatlichkeit*, na medida em que não só os atores internacionais assumem competências e o seu bom desempenho passa a ser parâmetro de reconhecimento e credibilidade perante a sociedade de Estados, como também assiste-se a um aprofundamento e aumento de efetividade de mecanismos de controle jurisdicional de atos estatais e até mesmo de indivíduos que, de alguma maneira, assumem posições de poder e decisão dentro das respectivas estruturas nacionais – com a jurisdição do Tribunal Internacional Penal.

A implementação e efetivação dos direitos humanos fundamentais depende substancialmente de sistemas multiníveis⁷⁴⁴, outorgando condições reais de fomentar e garanti-los num patamar superior ao sistema restrito aos Estados

⁷⁴³ MERLE, Menschenrechte... *cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, *op. cit.*, p. 370.

⁷⁴⁴ V. PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*. Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht – Humboldt-Universität zu Berlin – WHI – Paper 7/04, março de 2004, disponível em <www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0704.pdf>, consultado em 02 de dezembro de 2013. Não se trata de um sistema piramidal ou escalonado, mas complementar, como afirma NEVES: “Ao recorrer-se à expressão ‘sistema jurídico mundial de níveis múltiplos’, busca-se aqui ressaltar uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva. Isso nos põe perante um sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as relações heterárquicas”, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 236-7.

nacionais. Isso quer dizer que, falhando o Estado no cumprimento de suas obrigações, este poderá vir a sofrer sanções de organismos internacionais. O asseguramento de políticas de combate à fome e à pobreza – e seu corolário, um sistema de arrecadação-tributação das riquezas possuídas e produzidas pelos participantes do sistema econômico – a garantia da paz, da manutenção de equilíbrio dos ecossistemas, a garantia de não-proliferação e redução de armas de destruição em massa, dentre vários outros problemas globais, só podem ser combatidos a partir da criação de estruturas que garantam a experiência e memória da cooperação institucional em nível mundial, modelo que possui como vantagem a possibilidade de atingir tais desideratos, mas preservando a particularidade de cada Estado e, assim, cada povo politicamente organizado.

A proposta de criação de um Estado mundial, apoiada por alguns teóricos, seria o apanágio para a efetividade do Direito Internacional, na medida em que implicaria a criação de uma corte mundial com jurisdição em todo planeta, de modo obrigatório. É, porém, idéia extremamente problemática, e que não se vislumbra qualquer efetividade atual. Apoiar-se, em regra, nas teorias de HOBBS e KANT – feita a ressalva à crítica de um possível Estado global e tirânico, pelo último – a partir sobretudo da analogia ao “estado de natureza” que reinaria entre homens, espelhada nas relações entre Estados independentes no âmbito de uma sociedade de Estados⁷⁴⁵. MERLE aponta que THOMAS MOHRS – como também KELSEN – sustentam que com um Estado Mundial, um Super-Leviathan, capaz de

⁷⁴⁵ Para uma crítica consistente à fragilidade da (utópica) proposta cosmopolita habermasiana, em que são analisadas, entre outras variáveis, a força desempenhada pelo sistema econômico na era da globalização, a justificação das intervenções humanitárias, a precarização do *Welfare State* (movimento de “periferização” do centro), da mundialização dos direitos humanos e, enfim, do novo papel reservado ao Estado Democrático de Direito no século XXI, v. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*; O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 270-83.

garantir não só a segurança e a vida, mas propiciar a oportunidade dos indivíduos de buscarem a sua felicidade, prevenir-se-ia uma sempre possível guerra total entre os vários Estados, capaz de encerrar a completa barbárie⁷⁴⁶. Ainda segundo MOHRS, o dever de observância dos direitos humanos só poderia ser cumprido através da cooperação de todos os países, tratando-se, assim, de uma solução necessária para uma série de novas ameaças que deontam no horizonte: o colapso demográfico anunciado pela superpopulação; seu impacto ecológico; o crescente escaçamento dos recursos naturais disponíveis. A legitimidade do Super-Leviathan fundamenta-se na exposição de toda a espécie humana a estes problemas, e, como se vê, a proposta recupera argumentos que parecem oriundos de uma perspectiva neomalthusiana.

Os defensores de um Estado global afirmam, ainda, que a razão pela qual um sistema de mera cooperação via tratados entre Estados não seria suficiente são: a) a intencionalidade dos agentes estatais no sentido de se aproveitarem das vantagens distributivas, sem, no entanto, contribuir para tal sistema de modo eficiente; b) para a consumação de uma idéia de direito (*Rechtsidee*) faz-se necessário um juiz em comum, para a erradicação do restante do “estado de natureza”, pois os Estados individualmente considerados tendem ver no uso da força o último recurso disponível⁷⁴⁷.

O desenvolvimento das relações internacionais, apesar de apontar para um nível de integração crescente, demonstra de forma clara, por outro lado, a necessidade de conciliação do universal com o particular, e os Estados não estão

⁷⁴⁶ MERLE, Menschenrechte... *cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, *op. cit.*, p. 371; MOHRS; Thomas. *Vom Weltstaat. Hobbes's Sozialphilosophie, Soziobiologie, Realpolitik*. Berlin, 2005.

⁷⁴⁷ MERLE, Menschenrechte... *cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, *op. cit.*, p. 370; MOHRS; Thomas. *Vom Weltstaat: Hobbes's Sozialphilosophie, Soziobiologie, Realpolitik*. Berlin, 2005, p. 303.

dispostos a ceder naquilo que tradicionalmente é considerado sua soberania, senão no estrito limite do necessário. O fim da guerra fria e o inicial vácuo ideológico que permitiu a expansão irrefreada do neoliberalismo, acompanhado da dificuldade de se contornar a presença de um pensamento único e homogeneizante, cede também espaço para a tentativa de fortalecimento e valorização de culturas locais e de uma constelação de valores e práticas que pertencem a outras culturas que não a ocidental, exigindo o esforço hermenêutico de relativização e reconstrução de conceitos que, inobstante a sua gênese ocidental, principalmente devido a sua utilização no âmbito das discussões sobre direitos humanos fundamentais e do Direito Internacional, possuem funcionalidade em todo o mundo. Expressão disso são as organizações regionais, a serem tratadas a frente, que se esforçam em construir um vínculo identitário e de solidariedade entre as nações participantes do bloco, além de buscarem fortalecer sua integração econômica e, assim aumentar a vantagem competitiva. Conseguem, no caso mais avançado da União Européia, compartilhar de um arcabouço jurídico extremamente rico e sofisticado, de grande efetividade entre seus participantes. Portanto, não se pode vislumbrar, atualmente e tampouco para um futuro próximo, a construção de um Estado único, mas sim de um sistema global de cooperação unido a outros sistemas regionais, que funcionam, em regra, como subsidiários ou como fator de correção jurídico-política em relação aos Estados.

Os argumentos levantados por KANT contra a instalação de um Estado Mundial continuam extremamente atuais e pertinentes. A tendência de tal Estado seria a formação de uma monarquia universal cuja força, em razão do amplo círculo de atuação da lei e as constantes pressões, recairia num despotismo e, com a destruição da “semente do bem”, terminaria por decair no anarquismo. Esse caminho, de uma força hegemônica, é a única hipótese vislumbrada por KANT no caso da ascensão de um Estado Mundial, salientando o filósofo a interdependência

entre do anarquismo e despotismo como um arbítrio sem lei, levando à consequente ingovernabilidade (*Unregierbarkeit*). Tal Estado hegemônico não teria a capacidade de garantir a liberdade de cada um dos Estados e tampouco do cidadão do mundo (*Weltbürger*), e assim originaria o contrário da proposta almejada: o fim do Estado de Natureza e a fundação de uma ordem jurídica global, capaz de assegurar o direito fundamental à liberdade. Dai assume KANT a posição de que, para a união dos povos (*Völkerbund*), melhor que um Estado Mundial hegemônico, é que tal propósito se dê pela idéia de razão, ou seja, através da efetivação global do direito. A participação na república mundial ou união dos povos só poderia se dar, entretanto, por Estados que se organizem como repúblicas, pois, caso contrário, levaria-se a maiores conflitos⁷⁴⁸.

RAWLS concorda com KANT acerca dos perigos de um Estado Mundial, hegemônico, capaz de levar ao despotismo ou à instabilidade, devido a conflitos internos (guerra civil) ou mesmo em razão de uma luta pela liberdade. Propõe ele, em substituição ao modelo kantiano, que atua apenas negativamente, um modelo limitado, porém de atuação positiva. Através de uma base de autodeterminação e com o respeito ao direito dos povos, erigir-se-iam as organizações entre Estados, tendo como objetivo a cooperação. Por outro lado, concede RAWLS a possibilidade de tais organizações, a exemplo de uma ONU ideal, ter poder não só de condenar instituições locais injustas, em países onde há casos claros de violação os direitos humanos. Em hipóteses ainda mais graves de injustiça, concorda também RAWLS com a possibilidade de sanções econômicas e até mesmo a intervenção militar para corrigir estes problemas. Ciente de que a simples distribuição de dinheiro não é suficiente para solucionar os problemas de desigualdade social e política, o jurista inglês também propõe uma obrigação entre os Estados de suporte, quando o

⁷⁴⁸ MERLE, *Menschenrechte... cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, *op. cit.*, p. 372.

direito dos povos não seja obedecido: para destacar os direitos humanos é necessário uma mudança dos ordenamentos inefetivos, no sentido que tenham condições de produzir os efeitos desejados, bem como que o comportamento dos governantes seja adequado para que os cidadãos possam ser educados e os funcionários públicos colocados contra a corrupção e ineficiência⁷⁴⁹.

RAWLS também suporta a tese de que não é necessário à intervenção e à ajuda o consentimento dos Estados que não seguem as normas jurídicas internacionais, apesar de coerentemente salientar que deve se ter, como objetivo de longo prazo, a participação especialmente desses Estados na adequada organização internacional – sem com isso se tornar necessário um poder legislativo mundial. Além disso, a eventual concordância, para RAWLS, deve antes se localizar no povo que propriamente no Estado⁷⁵⁰.

A reforma do atual sistema de garantia de paz e dos Direitos Humanos Fundamentais é um ponto central no debate não só sobre a legitimidade das atuais instituições, como também na busca de um sistema mais seguro, eficiente e menos seletivo. As propostas de reforma da ONU vão desde aquelas que tem como modelo os Estados – vale dizer, dispendo de um sistema legislativo bicameral, composto em regra, de um lado, pelos presidentes dos países membros, e, de outro, de representantes eleitos – até reformas mais pontuais. Destacam-se, entretanto, as propostas de construção de um sistema multinível, com uma

⁷⁴⁹ MERLE, *Menschenrechte... cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, op. cit., p. 372; RAWLS, John. *The law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 78-81; 94-104.

⁷⁵⁰ MERLE, *Menschenrechte... cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, op. cit., p. 372; RAWLS, *The law of people, cit.*, p. 124 et seq.

competência federal estritamente delimitada, a exemplo do que propeem HÖFFE e HABERMAS⁷⁵¹.

Se uma reforma no sistema mundial representado pela ONU mostra-se necessária, não há, por outro lado, uma séria discussão a esse respeito – tais propostas não integram a pauta real de discussão entre os países, recaindo as discussões e disputas entorno se reformas pontuais, como a ampliação no número de participantes do Conselho de Segurança. A mudança que se mostra mais promissora, defendemos, está diretamente ligada à efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a ampliação do controle sobre os países, e através da tentativa de se concretizar a concepção de soberania responsável, por meio da consolidação da responsabilidade de proteger.

6.1.2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos caracteriza-se como derivação e desenvolvimento do Direito Internacional, e cuja origem remonta à segunda metade do século XX, a partir da Carta das Nações Unidas, que traz como princípios, além da garantia da paz e segurança internacional, também a cooperação na resolução dos problemas internacionais de caráter econômico, cultural e humanitário, assim como estipular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. O princípio jurídico da proteção e garantia da dignidade da pessoa humana adquire proeminência na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁷⁵², anunciando, ambos os instrumentos normativos, uma nova era.

⁷⁵¹ MERLE, Menschenrechte... *cit.*, In: POLLMANN, LOHMANN, *Menschenrechte...*, *op. cit.*, p. 372-3.

⁷⁵² “De fato, no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial houve uma profunda alteração no plano das relações internacionais em razão da criação da Organização das Nações Unidas, com o conseqüente surgimento de uma disciplina que visa proteger o

O objeto desse ramo jurídico é assim definido por GUERRA:

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por objeto o estudo do conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagrem as respectivas garantias desses direitos. Visa, portanto, à proteção das pessoas pela atribuição direta e imediata de direitos aos indivíduos pelo Direito Internacional, direitos esses que se pretendem também ver assegurados perante o próprio Estado”⁷⁵³.

PIOVESAN, por sua vez, distingue-o do Direito Internacional:

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos (...) apresenta um caráter específico e especial, que o distingue do Direito Internacional público em geral. Enquanto este busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva garantir o exercício do direitos da pessoa humana”⁷⁵⁴.

Ainda em relação à autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos face ao Direito Internacional, pode-se destacar uma base principiológica que lhe confere características ímpares, e justificam-o como ramo próprio do Direito. Como salienta MARTINS, a ele não se aplicam os princípios a) da reciprocidade; b) da exclusividade da competência nacional; c) da não ingerência

indivíduo: o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁷⁵³ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 79.

⁷⁵⁴ A autora caracteriza, ainda, a sua pesquisa, de viés eminentemente interdisciplinar, como sendo o exame do *Direito Constitucional Internacional*, nome que atribui, julgamos, não a um novo ramo do direito que se constitui, mas como designativo de seu campo de pesquisa, advindo da interface entre a Constituição estatal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-9.

nos assuntos internos; d) e da reversibilidade dos compromissos. Em relação ao primeiro (a), vale o princípio da identidade universal da pessoa humana, pois não faz sentido se eximir do cumprimento das normas de direitos humanos e fundamentais a partir da idéia de *exceptio non adimplenti contractus*. A competência para a proteção do ser-humano, além de integrar a esfera de responsabilidade do Estado, foi também subsidiariamente assumida pela comunidade internacional, e, conseqüentemente, não se pode falar em exclusividade, apenas em primariedade (b). A impossibilidade de denúncia dos tratados deflui do art. 56 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*⁷⁵⁵, com sustentáculo no princípio da proibição do retrocesso⁷⁵⁶ em matéria de direitos humanos e fundamentais (c)⁷⁵⁷.

Além disso,

“Não se pode olvidar que as normas protetivas dos direitos humanos se apresentam com natureza de *jus cogens*, com a conseqüente e progressiva afirmação da perspectiva universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe ao Direito Internacional o reconhecimento a todo ser humano, em qualquer parte e em qualquer época, de um mínimo de direitos fundamentais”⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. “1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que: a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado. 2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1”.

⁷⁵⁶ REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho*. 1. Ed. São Paulo: LTr, 2010.

⁷⁵⁷ GUERRA MARTINS, Ana Maria. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82, *apud* GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 79-80.

⁷⁵⁸ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 80.

A ONU desempenha um papel central nesse sistema, atuando de modo multifacetário. Fomenta a consciência mundial acerca da necessidade de garantia dos direitos humanos, através de programas de apoio governamentais, apoio a investigação sobre situação e promoção desses direitos; atua diplomaticamente junto aos Chefes de Estado, investiga denúncias recebidas com fundamento em descumprimento de tratados e promove a codificação internacional sobre os direitos humanos. Sobre esse último ponto, é necessário o exame dos principais instrumentos normativos que compõe o nível global de proteção e garantia dos direitos humanos.

Os instrumentos inspiradores centrais do sistema são, como já citado, a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi confirmada em dois momentos significativos. A primeira foi a Conferência Mundial de Teerã, em 1968, a qual teve fundamental importância como incentivo para que os Estados reconhecessem e abraçassem a universalidade dos direitos humanos, tomando parte nos tratados que tem por meta dar efetividade esses direitos. Afirmou-se, ainda, o caráter universal dos direitos humanos, a indivisibilidade e o combate à discriminação da mulher⁷⁵⁹. A segunda, a Conferência de Viena, de 1993, especial por se situar no contexto pós-guerra-fria, estabeleceu um programa de ação que reverbera nos dias atuais, e, pela sua importância, merece maior consideração.

Os principais pontos de consenso, alcançados após longo e exaustivo debate, foram: a) a diversidade cultural não pode ser invocada para justificar a violação dos direitos humanos, pelo seu caráter universal⁷⁶⁰; b) a proteção dos

⁷⁵⁹ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 85.

⁷⁶⁰ “5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and

direitos humanos não interessa somente aos Estados, mas igualmente à comunidade internacional, devendo a soberania ser compreendida segundo essa premissa ⁷⁶¹ ; c) a inter-relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento⁷⁶²; d) a legitimidade do sistema global de monitoramento⁷⁶³.

Em 1966 foram aprovados pela Assembléia Geral da ONU o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos

regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Vienna Declaration and Programme Of Action, A/CONF.157/23, 12 de julho de 1993, disponível em <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en>>, consultado em 7 de outubro de 2013.

⁷⁶¹ “4. The promotion and protection of all human rights and fundamental freedoms must be considered as a priority objective of the United Nations in accordance with its purposes and principles, in particular the purpose of international cooperation. In the framework of these purposes and principles, the promotion and protection of all human rights is a legitimate concern of the international community. The organs and specialized agencies related to human rights should therefore further enhance the coordination of their activities based on the consistent and objective application of international human rights instruments”, *loc. cit.*

⁷⁶² “8. Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing. Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives. In the context of the above, the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels should be universal and conducted without conditions attached. The international community should support the strengthening and promoting of democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms in the entire world”, *loc. cit.*

⁷⁶³ “27. (...) It is incumbent upon the United Nations to make use of special programmes of advisory services on a priority basis for the achievement of a strong and independent administration of justice”, *loc. cit.*

Econômicos, Sociais e Culturais, em que pese terem entrado em vigor apenas em 1976⁷⁶⁴.

O primeiro pacto, recepcionado pelo Brasil através do Decreto n. 592, de 1992, impõem a observância de um rol de direitos negativos e positivos pelo Estado, como o direito à não-discriminação e à jurisdição (art. 2º), igualdade jurídica entre homens e mulheres (art. 3º), o direito à vida (art. 5º), a proibição da escravidão e trabalhos forçados (art. 6º), à liberdade (art. 9º), ao devido processo legal, incluindo um rol de garantias processuais (art. 14), entre outros. Inovou, em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao proibir a prisão por dívida contratual (art. 11º), ao vedar a propaganda de guerra e o incitamento à intolerância étnico-racial (art. 20), ao garantir o direito ao nome e nacionalidade à criança (art. 24) e a proteção à identidade cultural, religiosa e linguística (art. 27).

Atualmente⁷⁶⁵, o Pacto foi ratificado por 167 países, o que demonstra o consenso que foi construído em torno dos direitos ali declarados. Contudo, um importante protocolo facultativo, adicional ao primeiro pacto, que o complementa permitindo a apresentação de petições individuais pelas vítimas de violação de seus dispositivos, não obteve o mesmo sucesso. Conta, em 2013, com apenas 115

⁷⁶⁴ PIOVESAN salienta a razão da divisão em dois grandes pactos: “Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos centrou-se nos diversos processos de implementação de das duas categorias de direito. Alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram ‘programáticos’ e demandavam realização progressiva (...) Em face dessas argumentações, os países socialistas responderam que não era em todos os países que os direitos civis e políticos se faziam autoaplicáveis e os direitos sociais, econômicos e culturais não autoaplicáveis. A depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáticos, e os direitos sociais, econômicos e culturais autoaplicáveis”, PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 219.

⁷⁶⁵ Cf. disponível no site da ONU, <http://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-4&chapter=4&lang=en>, consultado em 07 de novembro de 2013.

ratificações, e sente-se a ausência de importantes Estados, como os Estados Unidos da América, grande parte de Estados asiáticos e também africanos, sendo que mais de 60% assinaram após a década de 90⁷⁶⁶.

Já o segundo Pacto Internacional – que fora recepcionado pelo Brasil com o Decreto 591, de 6 de julho de 1992 – devido à discussão no contexto de sua elaboração, como já referido, e, ainda, a constante resistência que se coloca face aos direitos de caráter sociais e econômicos⁷⁶⁷, ganhou contornos programáticos, mas, ainda assim, estabeleceu um rol de direitos importante. Garantiu a proteção ao trabalho, de forma livre, digna, com salário equitativo, segurança, higiene, igualdade de oportunidade, descanso, lazer, férias, de participar de sindicatos e fazer greve (art. 7º e 8º). Reconheceu o direito à previdência e seguro social (art. 9º), às garantias de proteção à família, à alimentação e à vida digna (art. 10º e 11), à saúde (art. 12), à educação (art. 13 e 14), à cultura (art. 15) dentre outros.

Foi ratificado por 161 países⁷⁶⁸, de forma mais lenta, é verdade. O impacto maior, entretanto, consistiu na demora em se estabelecer um protocolo

⁷⁶⁶ Cf. disponível no site da ONU, < http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en>, consultado em 07 de novembro de 2013.

⁷⁶⁷ Afinal, sob a perspectiva econômica e social, o mundo todo é extremamente desigual, bem como internamente são extremamente desiguais a maioria dos países. Esse, sem dúvida, é um dos pontos mais sensíveis em relação a toda discussão e implementação dos direitos humanos. Para se ter idéia do descomunal abismo social econômico que separam ricos e pobres, 67% da população vive com 3,3% da riqueza, enquanto 0,5% da população vive com 38,5% dela, e 8% da população, abaixo desse meio por cento de super-milionários, dividem, entre si, 43% da riqueza, conforme informações do The Wealth Report 2013, elaborado pelo Credite Suisse, disponível em < <https://www.credit-suisse.com/ch/en/news-and-expertise/research/credit-suisse-research-institute/publications.html>>, consultado em 07 de novembro de 2013.

⁷⁶⁸ Cf. disponível no site da ONU, < http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>, consultado em 07 de novembro de 2013.

adicional, que formalizasse mecanismos de monitoramento mais avançados, a exemplo do modelo adotado pelo primeiro Pacto. Em 2013, há apenas 11 ratificações, inclusive porque vieram a lume ao final de 2008⁷⁶⁹.

A Carta da ONU, a Declaração Universal e ambos os Pactos citados, formam as grandes estruturas do sistema de proteção global ao ser-humano, com foco nas garantias dos direitos e liberdades individuais e sociais. Por essa razão, afirma-se que constituem o *International Bill of Human Rights*⁷⁷⁰. Adicionalmente a estes tratados, há vários outros cuja matéria, extensão ou destinatário são limitados, podendo ser divididos em dois grandes grupo. O primeiro direciona-se à repressão da força ilegal e ilegitimamente utilizada, buscando banir as formas mais cruéis de atentados à dignidade humana. O segundo tem como alvo a proteção de minorias e grupos vulneráveis, que necessitam de “empoderamento” e proteção pela sua condição especial.

Em relação ao primeiro grupo, destaca-se a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, adotado pela ONU em 1984, e que foi ratificado atualmente por 154 países⁷⁷¹. O objetivo do tratado é banir, principalmente, a tortura, que, nos termos da definição do tratado (art. 1º), exige a condição especial de vinculação do agente ao Estado, a finalidade do ato (como obtenção de informação, coação ou intimidação), e a aflição intencional de severa dor ou sofrimento, seja ele físico ou mental. Tal proibição, como citado, teve

⁷⁶⁹ Cf. disponível no site da ONU, <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en>, consultado em 07 de novembro de 2013.

⁷⁷⁰ PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 246. Cf. <www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>, consultado em 08 de novembro de 2013.

⁷⁷¹ Cf. disponível no site da ONU <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en> consultado em 08 de novembro de 2013.

seu caráter de norma de *jus cogens*, com validade *erga omnes*, reconhecido, sem a necessidade de assinatura do tratado, inclusive. Nada obstante, o tratado buscou ainda limitar o direito de extradição, na hipótese de o extraditando poder ser torturado no país requerente, sua abolição mesmo em estado de emergência ou exceção (art. 2º) e estabeleceu a jurisdição universal para os casos de cometimento de tortura⁷⁷².

Pertence, ainda, ao primeiro grupo o *Tratado de Roma*, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, e, associado à mesma finalidade, a *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*. A última foi adotada em 1948 pela ONU, pioneiramente, em razão do genocídio perpetrado durante a Segunda-Guerra-Mundial, e uma das peças inaugurais na constituição do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952. Genocídio é definido no art. 2º:

“entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo”⁷⁷³.

E, ainda, conforme o art. 3º, não apenas o genocídio será punido, mas, igualmente, a associação de pessoas para cometer o genocídio; incitação direta e

⁷⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1987, disponível em <treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201465/v1465.pdf>, consultado em 08 de novembro de 2013.

⁷⁷³ BRASIL. Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.

pública a cometer o genocídio; a tentativa de genocídio; e a co-autoria no genocídio⁷⁷⁴. Além disso, o art. 6º estabelece a submissão à jurisdição internacional daqueles que cometerem tais crimes, além da jurisdição nacional, evidentemente. Com fulcro em tal tratado, combinado com a margem de ação conferida pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança, para tomar as medidas necessárias para impedir as ameaças à paz internacional, foram criados Tribunais *ad hoc*, como o para a Bósnia e Ruanda, depois da experiência pós-guerra dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio.

Passo importante foi dado com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, cuja aprovação se deu em 1998, na Conferência de Roma, e contou com a assinatura de 120 países. Atualmente, foi ratificado por 122 países⁷⁷⁵, sendo, infelizmente, sensível a contradição: grandes potências, como a China, os Estados Unidos da América, além da Índia, Turquia, Filipinas, Israel e Sri Lanka votaram contra o tratado⁷⁷⁶. Nada obstante, trata-se de um grande avanço, pois tribunais *ad hoc* sempre foram criticados, por serem criados *ex post facto*, o que compromete a imparcialidade e legitimidade do julgamento, além de, com isso, afastar-se a necessidade da criação do tribunal passar pelo Conselho de Segurança da ONU, órgão sensível a pressões e interesses geopolíticos flutuantes. Como salienta PIOVESAN:

“o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves

⁷⁷⁴ BRASIL. Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.

⁷⁷⁵ Cf. <http://www.iccnw.org/?mod=romeratification>, consultado em 08 de novembro de 2013.

⁷⁷⁶ PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 286-7.

crimes internacionais. Consagram-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais frente ao Tribunal Penal, afastando-se a relação entre ‘vencedores’ e ‘vencidos’⁷⁷⁷.

O Tribunal Penal Internacional assume papel subsidiário, em relação aos Estados, na punição de eventuais crimes previstos no Tratado, quando as instituições nacionais se mostrarem falhas, incapazes ou não se comprometerem com a punição do crime perpetrado. Compete ao tribunal, nos termos dos art. 5º e seguintes, a punição dos crimes de genocídio, contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão⁷⁷⁸, este último ainda não tipificado. Saliente-se que o Tribunal tem atuado de forma ativa, fomentando investigações e tomando inclusive providências, em casos relacionados a violações de direitos humanos ocorridas em Uganda, Congo, República Centro Africana, Sudão, Quênia, Costa

⁷⁷⁷ PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 287.

⁷⁷⁸ BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. Em 2010 foi definido o crime de agressão, na Resolução RC/6 do Tribunal Penal Internacional, que, resumidamente, nos termos do art. 2º, prevê como tais os seguintes atos: “(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”, disponível em <www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf>, consultado em 09 de novembro de 2013.

do Marfim, Mali e Líbia, já havendo sido expedido, até 2012, mandado de prisão para doze pessoas, inclusive o então presidente do Sudão, Omal-al-Bashir⁷⁷⁹.

No que tange aos tratados que se situam no segundo grupo, qual seja, a proteção de minorias e grupos vulneráveis, é preciso, preliminarmente, uma observação, acerca do conceito de minoria e grupo vulnerável. Minoria não quer dizer, necessariamente, menor número, numa acepção meramente quantitativa. Em regra, uma minoria está sim em menor número, mas isso nem sempre é verdade. É importante ter em consideração, também, que grupos específicos podem constituir uma maioria numérica, mas, ao mesmo tempo, devido à sua posição social prejudicada, ser qualitativamente uma minoria. Um exemplo radical, que clarifica essa possibilidade, é o regime de *apartheid* que vigorou na África do Sul, no qual uma quantidade reduzida de brancos utilizou técnicas políticas e bélicas para se manter no poder, a partir da subjugação dos negros. Os negros, em quantidade maior, acabaram por formar uma minoria, controlada socialmente pelos colonizadores. A subcomissão da ONU que discutiu inicialmente o tema decidiu, à época, não estabelecer uma definição para as minorias, mas dentre as sugestões que constam no documento referente aos debates⁷⁸⁰, destacamos uma que acabou por se impor: “o termo minoria inclui apenas aqueles grupos não-dominantes, numa população que possui e deseja preservar tradições, ou características marcantes, de índole étnicas, religiosas ou

⁷⁷⁹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Document A/68/314 – 9th Report of the International Criminal Court, disponível em <www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/9th-report/N1342653.pdf>, consultado em 08 de novembro de 2013.

⁷⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Document E/2447 – E/CN.4/689, 6 de junho de 1953, p. 73, disponível em <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/689>, consultado em 08 de novembro de 2013.

linguísticas, que sejam estáveis” . Posteriormente, acrescentou-se a característica de existir, ainda que implicitamente, um laço de solidariedade entre esse grupo .

Existem, entretanto, outros grupos cuja desvantagem social é marcante, e, apesar de não se enquadrarem nos critérios acima expostos, estão também a merecer proteção especial do direito. São os chamados grupos vulneráveis. A identificação deste grupo é menos clara que a do primeiro (minorias), devendo ser feita por aproximação, a partir de características centrais, mas que não estão presentes em todos os casos. Definem-se em razão de possuírem uma desvantagem social e/ou jurídica grave, a comprometer o seu reconhecimento social, não raro havendo preconceito e invisibilidade social, por uma opção ou condição (a exemplo dos homossexuais e trabalhadores migrantes), que pode ser temporária ou não (presidiários, trabalhadores migrantes, desempregados), e até mesmo natural, como no caso das crianças, adolescentes e idosos⁷⁸¹.

Se os direitos humanos buscam conferir especial proteção às minorias, tendo em vista a dignidade da pessoa humana em sua dimensão coletiva – resguardando-se e preservando os costumes e características próprias de um grupo, expressão da riqueza cultural – a proteção aos vulneráveis apresenta-se como um desdobramento da dimensão individual da dignidade da pessoa humana, a nortear e garantir tanto a possibilidade de escolha pela vida que vale a pena ser vivida pelo indivíduo, quanto a protegê-lo diante de situações que o coloque numa posição de excessiva desvantagem, a ameaçar a sua dignidade.

São vários os tratados que compõem o segundo grupo, e, dentre eles, destacamos a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de*

⁷⁸¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Document E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7 (1977), disponível em < <http://daccess-ods.un.org/TMP/9714531.30245209.html>>, consultado em 08 de novembro de 2013.

Discriminação Racial, a *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, a *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*, e, ainda, a *Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência*, o primeiro tratado recepcionado no Brasil na forma do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, ou seja, ao nível de Emenda Constitucional.

Não serão examinados, ainda que de suscintamente, o conteúdo dos tratados do grupo em tela, tal qual feito com os do primeiro grupo, por opção metodológica. São mais numerosos e visam o reconhecimento e melhoria das condições de grupos específicos, e, assim, seu caráter de universalidade, nessa perspectiva, é mitigado. Nada obstante, demonstram a importância do reconhecimento das situações especiais vividas por estas minorias e grupos vulneráveis, e encontram também no Direito Internacional dos Direitos Humanos proteção específica⁷⁸².

6.1.3. MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO

Sem dúvida, a justiciabilidade (*Gerichtbarkeit*), ou seja, a existência e efetividade de procedimentos, à disposição dos sujeitos de direitos, para, na hipótese de descumprimento, fazerem valer os seus direitos, é o ponto mais sensível, criticado e ainda em processo de desenvolvimento no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, garantidos no plano internacional. Nada obstante, tem-se observado sensível melhora e maior grau de garantia ao longo do tempo,

⁷⁸² “Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: ‘o reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o *status* na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de *statu*’. Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento”, PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 247.

havendo a ONU passado de uma postura de não-interferência e foco na constituição normativa dos principais tratados apontados no ponto anterior, até aproximadamente o final da década de 60, para uma tomada de posição mais ativa e que busca neutralizar os efeitos da geopolítica nos assuntos concernentes aos direitos humanos⁷⁸³.

A doutrina vem distinguindo dois mecanismos de proteção aos direitos humanos no plano internacional, classificando-os conforme decorrem diretamente de um tratado – são os convencionais – e os que não decorrem de tratados, seja porque o Estado não o ratificou, ou porque não está previsto em nenhum tratado – e este leva o nome de não-convencional. Apesar da utilidade da classificação, já que distingue a peculiaridade dos procedimentos convencionais, que se encontram delimitados no texto dos respectivos tratados e eventuais protocolos facultativos, e, assim, devem seguir o que lá está estabelecido, preferimos aqui adotar outra divisão.

Defendemos a coexistência de três mecanismos distintos, no âmbito global, para a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com diferentes graus de desenvolvimento e que podem ser aplicados tendo em vista a espécie, gravidade e duração ou continuidade da violação, em razão da sistemática por cada adotada. O primeiro é o sistema de relatórios (*reports*) e controles recíprocos perante os órgãos de direitos humanos da ONU (*treaty body*), o segundo o sistema jurisdicional, e, o último, e de consequências mais gravosas, a intervenção direta.

⁷⁸³ V. JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 130; GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 98-102.

O sistema de *reports* foi concebido para facilitar o monitoramento das performances estatais em relação às suas obrigações no campo dos direitos humanos. Para tanto, há vários órgãos da ONU encarregados dos procedimentos, com destaque para o Conselho Econômico e Social e a antiga Comissão de Direitos Humanos, agora Conselho de Direitos Humanos. Conforme preconizado pelo Conselho Econômico e Social, pode-se destacar as seguintes funções cumpridas pelo sistema: a) assegurar que uma revisão completa é assumida pelo Estado, em relação à sua legislação, normas administrativas, procedimentos e práticas; b) garantir o monitoramento dos vários direitos no Estado, a partir de uma base regular; c) prover bases para a elaboração segura de políticas públicas, com alvos definidos; d) facilitar o controle popular das políticas públicas e incentivar o envolvimento dos vários setores sociais; e) prover uma base segura para tanto os Estados como o Comitê avaliarem os avanços obtidos; f) proporcionar uma melhor compreensão dos problemas e falhas encontradas durante o esforço de implementação de todos os direitos; e g) facilitar a troca de informações entre os Estados em relação aos desafios comuns enfrentados e as medidas que podem ser efetivamente tomadas para promover os direitos humanos⁷⁸⁴.

Outro ponto que não poderia deixar de constar nos objetivos do sistema de *reports* e controle recíproco é a prestação de contas internacional, que pode causar o constrangimento político e moral internacional do violador sistemático dos direitos humanos, o chamado *power of embarrassment*⁷⁸⁵. Como salienta ALSTON,

“A submissão pelos Estados de relatórios sobre os direitos humanos tornaram-se hoje familiar. Mas considere quão revolucionária esta prática como esta pode ter parecido quando foi então proposta, há 60 anos. Para muitos países seria quase inconcebível que a maior parte dos Estados

⁷⁸⁴ JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law... cit.*, p. 130.

⁷⁸⁵ PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, cit.*, p. 230.

deveria periodicamente submeter um relatório a órgãos internacionais sobre seus problemas internos, e envolvendo muitos aspectos sensíveis de sua relação política envolvendo governo e cidadãos, e posteriormente participar de discussões a respeito do relatório com membros daquele órgão perante o mundo”⁷⁸⁶.

O sistema, correntemente, tende a evoluir para uma maior participação dos Estados, em relação às denúncias recíprocas (sistemas de queixas) e, além disso, a implementação de um sistema individual de reclamação, que, apesar de não gerar uma resposta satisfativa direta à violação do direito, insta o Estado a apresentar justificativas e tomar providências na hipótese de verificada a acusação. A partir de 1967, houve uma evolução relativamente rápida. Neste ano veio a lume a famosa Resolução 1.235, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), que permitiu à Comissão e Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias monitorarem a situação dos direitos humanos na África do Sul, seguida, em 1970, da Resolução 1.503, de 1970, que instituiu o procedimento confidencial de submissão de denúncias ao Conselho, e, por fim, em 1975, a Comissão resolveu investigar – mesmo extrapolando os limites da Resolução 1.235 – as violações a direitos humanos perpetradas no Chile, em razão do golpe de estado que retirou o presidente Allende em 1973⁷⁸⁷.

Foi em 2006, entretanto, com a reforma da Comissão, que passou então a se denominar Conselho de Direitos Humanos, que o órgão saiu fortalecido, pois antes encontrava-se envolto num mar de descrença:

“Apesar dos avanços alcançados nesse período, a atuação da Comissão sempre foi alvo de críticas no que concerne à seletividade e ao discurso excessivamente político adotado

⁷⁸⁶ ALSTON, Phillip; GOODMAN, Rayan. *International Human Rights: Law, Politics And Morals*. Oxford: Oxford Universitz Press, 2013, p. 768.

⁷⁸⁷ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 100.

pelos seus membros no tratamento das questões pertinentes a direitos humanos. Este aspecto contribuiu substancialmente para o desgaste na credibilidade desse órgão, culminando com a sua substituição, em 15 de março de 2006, pelo Conselho de Direitos Humanos⁷⁸⁸.

Com a reforma, a partir da Resolução n. A/60/251⁷⁸⁹, o novo órgão, o Conselho, deixa de ser vinculado ao do Conselho Econômico e Social e passa a se reportar diretamente à Assembléia Geral. Além disso, a citada resolução estabeleceu que seus membros serão eleitos diretamente pela Assembléia Geral, 'por votação secreta e maioria absoluta, e, além disso, deverá ser levado em consideração a contribuição do país candidato à promoção dos direitos humanos – e em 2007 estabeleceu-se um Código de Conduta dos países membros, através da Resolução 5/2⁷⁹⁰ – criando, inclusive, o mecanismo de revisão universal, ao qual todos os membros da ONU estão submetidos⁷⁹¹. Se tal inovação é bem vinda, pois objetiva limitar os duplos critérios que orientavam a Comissão, ele corre o risco de ser uma promessa, como critica GUERRA, pela superficialidade que apresenta até o momento, pois se trata de procedimento intergovernamental e que não conta com

⁷⁸⁸ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 101.

⁷⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/60/251*, disponível em <<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/60/251>>, consultado em 09 de novembro de 2013.

⁷⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/HCR/Res/5/2*, disponível em <ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_2.doc>, consultado em 9 de novembro de 2013.

⁷⁹¹ "Undertake a universal periodic review, based on objective and reliable information, of the fulfilment by each State of its human rights obligations and commitments in a manner which ensures universality of coverage and equal treatment with respect to all States; the review shall be a cooperative mechanism, based on an interactive dialogue, with the full involvement of the country concerned and with consideration given to its capacity-building needs; such a mechanism shall complement and not duplicate the work of treaty bodies; the Council shall develop the modalities and necessary time allocation for the universal periodic review mechanism within one year after the holding of its first session", ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, UN Documento A/60/251, *cit.*, art. 5, 'e'.

especialistas independentes⁷⁹². Assim, apesar de receber denúncias de qualquer interessado, inclusive indivíduos e organizações, nos termos do procedimento estabelecido pela Resolução 5/1⁷⁹³, é preciso que seja reforçada a “impessoalidade internacional” no tratamento dos casos apresentados e diminua-se o grau de confidencialidade que impregna o procedimento.

Evidentemente, o sistema de relatórios e controles recíprocos possuem uma função essencialmente preventiva, e se mostra inefetivo na hipótese de apresentar uma solução a casos concretos, em tempo e modo adequado. Nesse aspecto, fica clara que a responsabilidade primária de proteção e efetivação dos direitos humanos e fundamentais é dos Estados, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos atua de modo subsidiário, com efeitos em longo prazo, se mostrando tal mecanismo ainda inefetivo para casos críticos, sobretudo em face de violações a direitos humanos que não dependam simplesmente da vontade política do governante, ainda que determinado e específico. É o caso, em nosso país, do sistema prisional, que vem recebendo, ano após ano, críticas severas da ONU, mas que, de fato, trata-se de problema complexo, de difícil equacionamento⁷⁹⁴.

⁷⁹² GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 106.

⁷⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/HCR/Res/5/1*, disponível em <ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>, consultado em 9 de novembro de 2013, art. 87, ‘d’.

⁷⁹⁴ O Brasil apresenta, hoje, um quadro dramático em relação às condições de encarceramento. Presídios lotados, sistema prisional incapaz de cumprir a sua missão de reabilitação e violações sistemáticas, e graves, a direitos humanos e fundamentais. Segundo o Ministério da Justiça, há no sistema cerca de 350 mil vagas, mas mais de 550 mil presos, e ainda 200 mil mandados de prisão não cumpridos. O Supremo Tribunal Federal tem sido levado a enfrentar questões complicadas, como o RE 641.320, em que se pede a colocação de réu condenado a regime semi-aberto, e preso em regima fechado, em liberdade, medida que beneficiaria cerca de 20 mil presos na mesma situação. A colocação em liberdade de pessoas em tal situação é decorrência inquestionável das garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, mas a decisão vem sendo protelata, talvez pelo

O segundo sistema, o jurisdicional, é representado, hoje, pelo Tribunal Penal Internacional, uma vez que a competência nessa matéria da Corte Internacional de Justiça é bastante reduzida⁷⁹⁵, e a tendência, a partir do Tratado de Roma, é que a existência de tribunais *ad hoc* seja drasticamente limitada. O Tribunal Penal Internacional coloca as ações de líderes políticos sob a sua jurisdição, aumentando o caráter de prevenção geral a graves violações a direitos humanos. É nesse sentido que a sua importância deve ser destacada, pois, caso se atinja um grau de efetividade suficiente, os indivíduos serão levados a computar o risco de medidas políticas adotadas, pois, ainda que disponham de grande poder e controle político no Estado ou comunidade em que vivem, poderão vir a ser réus do Tribunal Penal Internacional. Por suposto, o Tribunal está longe, ainda, de atingir tal fim, e ainda mais distante de se pensar medidas acautelatórias capazes de por fim a incitações e graves e violações a direitos humanos, o que seria desejável.

peso político que carrega, face à onda de violência que assola o país. Além disso, vem sendo propostas ações de indenização por danos morais, a partir do tratamento degradante que os presos vem sofrendo, o que o STF até o momento não reconheceu como devido, decisão que, com todo o respeito, desafia os parâmetros do tratamento igualitário preconizado pela Constituição e acaba por deixar o Estado imune a claros cometimentos de ato ilícito legalmente e repudiáveis moralmente. V. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Document A/HRC/14/24; A/HRC/14/24/Add.4; A/HRC/WG.6/13/BRA/2, disponíveis em <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BRSession13.aspx>>, consultado em 9 de novembro de 2013.

⁷⁹⁵ V. HIGGINS, Rosalyn. Human Rights in the International Court of Justice. *In: Leiden Journal of International Law*, n. 20, 2007, pp. 745-751, disponível em <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=1441800>>, consultado em 9 de novembro de 2013. Apesar de alguns tratados terem provisões de que questões interpretativas poderá ser submetidas à Corte Internacional de Justiça, nenhum dos dois grandes pactos se referem a ela, v. JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law... cit.*, p. 137.

Por fim, como *ultima ratio* do sistema de proteção internacional, destaca-se, conforme tratado no capítulo anterior, a possibilidade de intervenção, sendo a mais severa a intervenção militar, como *responsabilidade de proteger*. Apenas casos graves de violação em massa de direitos humanos, como genocídios, tendem a proporcionar uma medida de intervenção militar, sob os auspícios do Conselho de Segurança, nos termos das resoluções da Assembléia Geral e do próprio Conselho. A potencialidade dessa novidade é tão promissora quanto arriscada. Pode se tornar uma forma nova de garantir que violações em massa, tal qual ocorreram na Segunda-Guerra-Mundial e se repetiram na década de 90, sejam fortemente reduzidas, e, caso se anunciem, possam ser interrompidas a tempo. O risco é a politização do instituto, a criar um artefato jurídico que permita o soerguimento de novas guerras encobertas pelo manto da “intervenção humanitária”, a desmoralizar o sistema internacional e, com isso, gerar exatamente a antítese daquilo que se busca evitar – e o que não é novidade, como já alertado por CARL SCHMITT⁷⁹⁶. O que se assiste, na verdade, é o renascimento da Teoria da Guerra Justa, numa nova formulação do *ius ad bellum*, ou seja, a fundamentação e justificativa consistente para que a guerra seja feita, com meios proporcionais e adequados à finalidade a ser atingida: a proteção da vida humana e o impedimento de se assistir, novamente, as barbáries que são, há muito, inaceitáveis e inconcebíveis.

Os mecanismos do Direito Internacional dos Direitos Humanos certamente diferem, em grande medida, daqueles utilizados no direito interno, através da tradição romana da *actio*, modo encontrado, aliás, mais efetivo dentro da tradição ocidental, o que muitas vezes levam juristas a considerar que, não existindo possibilidade de resposta jurisdicional, sequer há direito. Não

⁷⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. München: Duncker & Humblot, 1932, p. 66-81.

comungamos dessa visão, pois os mecanismos aqui relacionados possuem efetividade, e auxiliam no processo de adoção, reconhecimento, respeito e garantia aos direitos humanos, assumidos como um dos objetivos primordiais da comunidade de Estados. Além disso, há um fato decisivo: o processo de internalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passo fundamental, pois não se pode perder de vista o seu caráter subsidiário, incumbindo aos Estados a responsabilidade primária por sua observância, interna e externa, e efetivação. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um *plus*, que veio a somar na construção de uma ordem pautada pelos princípios da justiça por ele albergados, e que, do ponto de vista histórico e lógico, se mostra indispensável.

6.2. A PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

6.2.1. O DIREITO COMUNITÁRIO

Os fenômenos da globalização e da regionalização não podem ser compreendidos de forma apartada, e são aspectos antes complementares que contraditórios da realidade contemporânea. SAURUGGER chega a afirmar que a regionalização é um processo não menos complexo que o da mundialização, que se apoia em atores internacionais – principalmente Estados – heterogêneos, atuando nas dimensões do interesse, das idéias e da identidade – e assim, um grande número de elementos que se encontram tradicionalmente na análise da globalização pode ser igualmente visto na regionalização, e, esta última, pode ser ainda percebida como uma globalização em pequena escala⁷⁹⁷. De outro lado, a regionalização é vista como um obstáculo saudável a proteger a sociedade dos efeitos nefastos da globalização liberal, devendo ser analisada como uma variável dependente desta última: permite melhor reconciliar as pressões da concorrência capitalista; oferece uma perspectiva pertinente para se analisar uma regulação e

⁷⁹⁷ SAURUGGER, Sabine. *Théories et concepts de l'intégration européenne*. Paris: Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2009, p. 391.

gestão política; as regras de coordenação e regulação são mais facilmente aceites num contexto de integração regional aprofundada, com maior consenso social – e, para países em desenvolvimento, pode significar uma aceleração a sua integração ao sistema económico mundial, enquanto para os países já desenvolvidos, permitiria conciliar a economia liberal com um degrau de proteção social⁷⁹⁸.

Além disso, como afirma FAUSTO DE QUADROS,

“a integração regional (toda ela, a da União Europeia, a do Mercosul, a do Pacto Andino, etc.) consiste na melhor forma de os Estados, sobretudo os não grandes, portanto, os Estados médios, como Portugal, e os Estados pequenos, verem atenuados o seu embate com a globalização. Por outras palavras, o facto de a integração regional, no nosso caso, a União Europeia, se *interpor* entre a globalização e os Estados membros da União, vistos como Estados isolados, permite que ela morteça o impacto da globalização sobre os Estados (...) Isso explica por que razão a globalização torna prementemente necessário o aprofundamento da integração europeia, inclusive, da integração jurídica”⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, cit., p. 392.

⁷⁹⁹ QUADROS, *Direito da União Europeia...*, cit., p. 577. Além disso, afirma o autor que integração europeia fornece “um valioso contributo para a globalização. Esta está a conduzir-nos para um ‘*constitucionalismo global*’ ou, visto de outra forma, para um ‘*constitucionalismo plural*’. Ambas as noções têm conteúdo. Por ‘*constitucionalismo global*’ quer-se referir a formação de um acervo de valores que dá corpo ético e jurídico a uma embrionária Constituição material da ‘*Comunidade global*’. Por ‘*constitucionalismo plural*’ está-se a significar o somatório da Constituição material da NOM (isto é, da Comunidade global), da Constituição material dos diversos espaços regionais integrados e da Constituições estaduais. Neste último caso, diremos que encontramos, organizados em escala, níveis diferentes de poder político, traduzidos nos Estados, acima deles, nos espaços regionais te integração (no nosso caso, a União Europeia) e, no topo, na Comunidade global. Estaremos, dessa forma, no limiar de uma era do *constitucionalismo em escala*, a nível mundial. Um reputado constitucionalista alemão, PETER HÄBERLE, comunga desse ponto de vista quando vê na Constituição alemã uma “Constituição *parcial*” dentro da União Europeia” (p. 578).

Do ponto de vista jurídico, num contexto como o europeu, em que se firmaram pactos progressivos de integração econômica, incluindo o livre trânsito de bens, serviços e pessoas, a integração jurídica passa a ser fator chave para a manutenção do sistema, englobando tanto regras alfandegárias, tributárias, previdenciárias, trabalhistas, ambientais, dentre outras, quanto de direito fundamentais, como parâmetro de coerência, coesão e estabilidade social, além, evidentemente, de funcionar como fator indispensável de legitimidade⁸⁰⁰. Assim, se a deflagração do processo tem bases nitidamente econômicas, estas sozinhas não sustentam processos mais avançados de integração, e acaba-se por exigir a integração também de outros setores da vida social, bem como a diminuição de desigualdade entre os parceiros. Daí, uma teoria puramente econômica da integração mostra-se insuficiente para dar conta de toda a complexidade que envolve o tema, sendo imprescindível uma teoria político-jurídica da integração⁸⁰¹.

A heterogeneidade entre os Estados-Membros de uma comunidade regional, sobretudo sócio-cultural, tender a ser de menor densidade que aquela presente no sistema mundial, capaz de dificultar o acordo quanto às bases de

⁸⁰⁰ Os níveis de integração, mensurado pela cooperação interestatal, são, geralmente, classificados em seis. No primeiro nível, a integração zero, sem formalização ou sistematização das relações entre Estados; no segundo, a integração se dá pela tradicional via dos tratados internacionais, abarcando setores específicos, conforme o interesse econômico; no terceiro, tem-se a zona de livre comércio, caracterizada pela não existência de barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio de bens e serviços entre os países membros; a união aduaneira aparece no quarto nível, com a adoção de uma tarifa aduaneira comum, podendo haver a criação de organismos supranacionais; o mercado comum é o quinto nível, havendo a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, com políticas econômica e social harmonizadas, bem como políticas de concorrência e comercial administradas por órgãos supranacionais; e, por fim, o sexto nível, que é onde se encontra a União Européia, com políticas unificadas em matéria econômica, monetária, fiscal e cambial. Cf. FURLAN, Fernando de Magalhães. *Supranacionalidade nas associações de Estados: repensando a soberania*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102.

⁸⁰¹ FURLAN, *Supranacionalidade nas associações de Estados... cit.*, p. 104-7.

proteção jurídica a direitos humanos e fundamentais. Por sua vez, o direito comunitário exerce uma pressão nos Estados em desenvolvimento para que se adequem aos *standards* preconizados nos acordos multilaterais, e gera um comprometimento com certa equalização social em relação aos países desenvolvidos, por necessidade de coerência política, para o seu sucesso a longo prazo.

Várias teorias político-jurídicas disputam explicar e dizer como a integração regional deve se constituir e desenvolver. São, em regra, tanto teorias que buscam explicar o caráter da integração regional, nova realidade que acompanha a globalização, como estabelecer um quadro normativo que seja capaz de pautar o relacionamento dos entes envolvidos. Em síntese, essas correntes são o *neofuncionalismo*, o *intergovernalismo* e o *federalismo*.

O *neofuncionalismo* ficou famoso no final da década de 50, com os estudos elaborados por ERNST HAAS em sua tese de doutoramento, e continua a ser um dos *approachs* mais presentes, seja em razão das novas teorias se colocarem contra os seus pressupostos, seja ao se reconhecer as suas contribuições pioneiras. Esta corrente busca, de forma analítica, encontrar as razões e consequências do processo de integração, centrado em duas premissas fundamentais, a *transferência de lealdade* e o chamado *spill over*⁸⁰². A transferência se daria, argumenta HAAS, como uma estratégia liberal de expectativa de remoção de barreiras ao comércio e a consequente maximização dos mercados e lucros, sendo conduzida pelas elites relevantes no setor privado e público; a cooperação em uma área acabaria por gerar, gradativamente a necessidade de coordenação em outras áreas – o *spill over*

⁸⁰² SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, cit., p. 67.

– aprofundando o processo integrativo – e, nesse contexto, tem lugar, em primeiro plano, decisões pragmáticas, e não ideológicas, como a de uma Europa unida⁸⁰³.

Nas décadas de 70 e 80, a corrente neofuncionalista começa, a partir das críticas internas e externas, a buscar se reformular, e a mitigar o seu caráter tecnocrático e extremamente liberal, que coloca a política estatal a reboque dos interesses de mercado, concedendo, outrossim, no lugar de seu caráter pretensamente apolítico, mais espaço às questões ideológicas⁸⁰⁴. Fala-se, atualmente, de um neo-neofuncionalismo, com a reelaboração da teoria como uma forma de analisar a demanda de aprofundamento das regulações transnacionais⁸⁰⁵.

A partir de críticas a seu próprio trabalho e a outras teorias, vale salientar que HAAS elaborou o conceito de “turbulência”, ou, ainda, *interdependência sistêmica*, e, a partir daí, passou-se a perceber o fenômeno da integração de forma multidimensional, e a institucionalização passa a ser entendida como chave de manutenção e fomento de uma integração mais profunda, pois tem a capacidade de consolidar e construir interesses comuns entre os países-membros, criando-se uma cultura de integração⁸⁰⁶.

A segunda linha teórica, o *intergovernamentalismo*, nasceu a partir de críticas ao neofuncionalismo que se baseiam, de um lado, numa razão empírica – a

⁸⁰³ FURLAN, *Supranacionalidade nas associações de Estados... cit.*, p. 99.

⁸⁰⁴ SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 83.

⁸⁰⁵ Nessa perspectiva, “Nous considérons que les négociations et les procédures de prise de décision intergouvernementales sont inscrites dans un processus provoqué et rendu pérenne par l'expansion d'une société transnationale, par l'activisme en faveur de l'intégration des organisations supranationales, et par la densité de plus en plus importante de règles supranationales. [...] ces processus réduisent, de manière incrémentale mais inévitablement, la capacité des États membres de contrôler les résultats des interactions”, SWEET, Alec Stone; SANDHOLTZ, Wayne. *European Integration and Supranational Governance, Journal of European Public Policy*, 4 (3), 1997, p. 299-300, *apud*, SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 91.

⁸⁰⁶ FURLAN, *Supranacionalidade nas associações de Estados... cit.*, p. 108-9.

política do general De Gaulle, denominada *chaise vide*, que buscou barrar decisões tomadas no âmbito do processo de integração, e, ainda, a dupla negação da candidatura da Inglaterra, em 1963 e 1967 – e, de outro, numa razão epistemológica: a volta da tomada em consideração das posições políticas estatais, que, num cenário de Guerra-Fria, retomaram sua importância⁸⁰⁷. Influenciada pela corrente realista em Relações Internacionais, o traço comum dessa corrente será exatamente inverter a importância do papel racional exercido pelo Estado, em detrimento daquele atribuídos às elites relevantes do neofuncionalismo. A União Européia é vista fundamentalmente como uma cooperação de Estados, cujo funcionamento interno é regido através de dois princípios, o da hierarquia e da autoridade e, num contexto de interdependência generalizado, a comunhão de normas, instituições e políticas comuns permite ao grupo gerir de forma mais eficaz os problemas em inúmeros setores. Consequentemente, a soberania comum (*pooled sovereignty*) não diminui a importância dos Estados, pelo contrário, reforça-a, possibilitando-os maior grau de adaptabilidade às pressões internacionais⁸⁰⁸.

Se o intergovernamentalismo diverge em relação ao neofuncionalismo em relação ao papel desempenhado pelas elites governantes, concordam que a integração se dá, principalmente, por interesses econômicos estratégicos, e não por ideologias. A crítica mais importante a essa corrente situa-se na dificuldade de perceber que, ao lado dos Estados, foram criadas instituições supranacionais, cujos interesses acabam, em alguma medida, por se destacar dos Estados que os criou,

⁸⁰⁷ SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 83.

⁸⁰⁸ Cf. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 94.

podendo até mesmo ir contra ele, possuindo uma capacidade própria de gerar idéias e intervir nos processos decisoriais⁸⁰⁹.

As teorias que buscam ver na formação dos blocos internacionais, principalmente na União Européia, como um processo de federalização, seja a partir da comparação com o modelo federalista alemão ou norte-americano, ganhou força e espaço a partir da década de 90, quando das discussões sobre o Tratado de Maastrich. Trata-se da tentativa de se explicar a transferência de poderes dos Estados a uma instância superior, chamado, por essa lógica, de *governo federal* ou, na perspectiva daqueles que buscam associar o federalismo com a corrente anteriormente citada, a intergovernamentalista, de um federalismo intergovernamental⁸¹⁰. As correntes federalistas, em regra, buscam associar a análise do fenômeno com, também, um aspecto ideológico, que acaba conferindo a esta linha teórica o caráter de uma teoria normativa. Por essa razão, e pelo caráter heterogêneo das teorias que compõem essa grande linha, ela acaba por ter aceitação marginal dentro da Ciência Política⁸¹¹.

Apesar de as teorias se centrarem no fenômeno europeu, acreditamos que, em breve, terão de ser examinadas também para o contexto sulamericano, pois há um esforço político inegável de integração na região, a exemplo da criação da UNASUL e, com ela, do Parlameto Sulamericano, além dos tratados integrativos já vigentes.

6.2.2. A UNIÃO EUROPÉIA E A CORTE EUROPÉIA DOS DIREITOS HUMANOS

⁸⁰⁹ SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 126.

⁸¹⁰ Para Fausto de Quadros, na União Européia há tanto a utilização de elementos do Direito Internacional Público, principalmente do ponto de vista formal, quanto do Direito Constitucional, do ponto de vista material, na formação do Direito da União Européia. QUADROS, *Direito da União Europeia...*, cit., p. 337-40.

⁸¹¹ SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 154.

De modo surpreendente, o prêmio Nobel da Paz foi entregue, em 2012, à União Europeia. Trata-se, hoje, de organismo internacional com personalidade jurídica própria – desde o Tratado de Lisboa, de 2007 – e, apesar de todas as críticas, maior e mais complexo modelo de integração interestatal, com características arrojadas, a englobar, atualmente, 27 países, dispondo de 23 idiomas diferentes, moeda própria, sistema executivo, legislativo e judiciário, com origem no segundo pós-guerra, em 1958, a partir dos tratados que instituíram, após reconstrução da Europa ocidental com a ajuda do Plano Marshall, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e a Comunidade Económica Europeia (CEE)⁸¹². Se o primeiro motor da integração europeia foi a cooperação econômica, não se pode olvidar, por outro lado, que a *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* europeia foi assinada já em 1950, evidenciando que a cooperação e integração era pretenciosa.

De um lado, não é possível caracterizar a União Europeia como um Estado, pois lhe faltam elementos centrais, como a vontade fundadora de uma ordem inaugural, por um poder constituinte originário, além de seus membros serem qualificados como Estados no Tratado ⁸¹³, e até mesmo a construção clara de uma identidade coletiva como povo europeu. Por outro, o conceito de “constituição”, usado para caracterizar os fundamentos jurídicos de uma comunidade política, apresenta contornos borrados quando busca simplesmente positivar uma construção em curso, e não, de fato, consolidar de forma político-

⁸¹² IZA, Alejandro O. *Unión Europea: ¿Paradigma de integración?* 1. ed. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 57-8.

⁸¹³ BOGDANDY, Armin von. Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik. In: *Juristen Zeitung*, 60. Jahrg., Nr. 11, Mohr Siebeck, (3. Juni 2005), pp. 529-540, disponível em < <http://www.jstor.org/stable/20827799> >, consultado em 07 de fevereiro de 2013, p. 532.

jurídica o presente mas, igualmente, o projeto futuro da coletividade que o compartilha.

A União Europeia, devido ao aprofundamento de sua integração, já é conceituada como contendo os contornos de uma *República Federativa* a utilizar um *Constitucionalismo Multinível*, na expressão cunhada por PERNICE⁸¹⁴. Segundo BOGDANDY⁸¹⁵, a primeira fase do constitucionalismo da União Europeia – ainda que o forjar de uma Constituição em-si tenha falhado – iniciou-se nos anos 50, e passou por profundo debate e aperfeiçoamento sobretudo a partir da década de 90, e, em 2005, tentou-se realizar, de fato, a constitucionalização do bloco. Consignamos, entretanto, que o fato de não se ter aprovado uma Constituição, com tal nome, não desnatura a natureza quase-constitucional do Tratado da União Europeia, que, desde o julgamento Costa/ENEEL, na década de 70, quando se afirmou pela primeira vez a supremacia do Tratado sobre as ordens nacionais, vem ganhando, simultaneamente, amplitude e contornos mais precisos de tal natureza.

Isto posto, ressalte-se que não se trata aqui de apresentar a formação histórica da União Europeia, por meio de um conjunto de tratados internacionais multilaterais, os quais foram, gradativamente, aprofundando a integração regional, até a última fase, com a tentativa (fracassada) de constitucionalização formal do bloco, (mas) que permitiu a consolidação e fortalecimento da integração, a partir dos pontos menos polêmicos, com a assinatura do já citado Tratado de

⁸¹⁴ PERNICE, KANITZ, *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, cit. Entre nós, a Tese de Cátedra de Marcelo Neves, sobre o *transconstitucionalismo*, na qual o autor aborda o entrelaçamento de diversas ordens normativas na atualidade, inclusive, no capítulo IV, entre ordens jurídicas em sentido mais próximo ao de Pernice, v. NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 235 et seq.

⁸¹⁵ BOGDANDY, *Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik*, cit., in: *op. cit.*, p. 529-540.

Lisboa. Antes, interessa-nos as inovações e contribuições relativas à proteção aos direitos humanos-fundamentais a partir dessa nova estrutura, e, desde já, impende-se salientar que, só após o período chamado de euroceticismo, nas décadas de 60 e 70⁸¹⁶, ainda timidamente, a se avançar nesta questão. E a União Europeia será tomada como paradigma, por ser a estrutura comunitária melhor estruturada no presente.

A citada *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, também denominada *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (CEDH) trata da proteção de direitos de primeira geração, a saber, à vida, à proibição da tortura, escravatura, trabalho forçado e discriminação, à liberdade e segurança, a um processo equitativo, da legalidade, à vida privada, familiar e ao casamento, à liberdade de pensamento, consciência e religião, e à expressão. Além disso, criou a *Corte Europeia dos Direitos dos Homens* – a qual, até o fim da Guerra Fria, atuou principalmente de forma diplomática, e só após esse período foi que sua atuação começou a adquirir efetivamente contornos jurídicos, até chegar ao ponto de receber mais de 50 mil processos por ano, sobre violação de direitos humanos no espaço europeu⁸¹⁷. Deve-se salientar, entretanto, que tal acordo teve origem não com a União Europeia, mas com o Conselho da Europa, organização internacional de direito público que possui 47 membros – a chamada grande Europa – e que tampouco se confunde com o Conselho Europeu, formado pelos chefes de Estado e governo dos Membros da União Europeia e responsável, principalmente, pelo desenvolvimento da integração desta.

A organização da *Corte Europeia de Direitos Humanos* é vista como um marco no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois, pela

⁸¹⁶ SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne, cit.*, p. 24.

⁸¹⁷ V. MADSEN, Mikael Rask. Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics. In: *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, Winter, 2007, pp. 137-159.

primeira vez, Estados aceitaram submeter-se à jurisdição de uma Corte sobre a matéria de modo permanente. Os desafios, porém, continuam grandes, pois com a entrada da Europa central e do Leste Europeu, a partir do final da Guerra-Fria, quebrou-se a relativa homogeneidade que havia entre os países sob a jurisdição da Corte, englobando, agora, Estados cujas democracias são incipientes, e o caminho à institucionalização dos direitos humanos e fundamentais precisa ser pavimentado⁸¹⁸.

Como anota EPPING⁸¹⁹, porém, o primeiro passo para a afirmação da juridicidade dos direitos fundamentais da União Europeia (*Unionsgrundrechte*) veio do *Tribunal Europeu*, que, por força do disposto no art. 19, § 1º, do Tratado da União Européia⁸²⁰, assumiu-se, pela primeira vez, num comentário marginal ao caso *Stauder*, em 1969, como garantidor dos direitos humanos no âmbito europeu, por meio de princípios universais do ordenamento jurídico comunitário, cuja preservação cumpre à Corte assegurar, e a partir dos quais emergem direitos fundamentais da pessoa⁸²¹. Paulatinamente, o *Tribunal Europeu* foi precisando esse conceito de forma extensiva e jurisprudencial, e justificando-o tendo em vista uma tradição constitucional (*Verfassungsüberlieferung*) dos Estados membros, por um lado, e a *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades*

⁸¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Mundial: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

⁸¹⁹ EPPING, Volker. *Grundrechte*. 5. ed. Heidelberg: Spring, 2012, p. 458 *et seq.*

⁸²⁰ O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

⁸²¹ “In einer Randbemerkung der Stauder-Entscheidung spricht der EuGH von „allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“ und aus denen sich Grundrechte der Person ergeben können”, EPPING, *Grundrechte, cit.*, p. 458.

Fundamentais, de outro⁸²², que funciona como fonte de direito reconhecida. Só com o *Tratado de Maastricht* (1992) foi a norma positivada, no art. 6º, §3º, do Tratado da União Europeia⁸²³, e, com o Tratado de Amsterdam (1997), reorganizou-se a política de visto, asilo, imigração e outras concernentes ao trânsito e permanência de pessoas, além de ter buscado desenvolver um sistema de garantia dos direitos humanos na estrutura da União Europeia, estabilizando-se gradualmente uma área de liberdade, segurança e justiça, prevendo-se mecanismos políticos sancionatórios, em seu art. 7º, na hipótese de grave violação a direitos humanos⁸²⁴.

Como se percebe, o referido art. 6º do Tratado da União Europeia, com a redação dada pelo *Tratado de Lisboa* – que instituiu as bases legais para que a União Europeia pudesse aderir à *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, dotando as suas decisões de eficácia obrigatória para a União e Estados-Membros – conferiu valor especial à *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, elaborada no ano 2000, e que constituiu o passo subsequente para o fortalecimento do escopo protetivo dos direitos humanos-fundamentais no nível comunitário. A esse respeito, afirma EPPING:

⁸²² EPPING, *Grundrechte, cit.*, p. 458-9.

⁸²³ “Art. 6º - 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. (...) 2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”.

⁸²⁴ KELLER, Helen; SCHNELL, Christina. International Human Rights Standards in the EU – A Tighrope Walk between Reception and Parochialism? *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*. 1. Semester. Zürich: Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, 2010, p. 6-7.

“A proteção dos direitos fundamentais experimentou um fortalecimento substancial ao nível da União desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em primeiro de dezembro de 2009, através da Carta Europeia de Direitos Humanos, que se encontra no mesmo nível hierárquico (*Rang*) que os tratados da União”⁸²⁵.

A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* positiva, em 50 artigos, garantias a direitos que provem dos direitos fundamentais e também humanos, diminuindo sensivelmente a diferença entre um e outro. São resguardados não apenas direitos de liberdade, como os da *Convenção*, mas chega-se a declarar direitos de igualdade – que engloba direito de proteção à diversidade e minorias – e solidariedade – relacionados, entre outros, à proteção do trabalho, à segurança e assistência social, à saúde, ao meio-ambiente, ao consumidor – mas, de certa forma, com caráter programático, e, diante disso, ainda não se sabe exatamente como o *Tribunal de Justiça da União Europeia* se comportará⁸²⁶.

A incumbência de proteção jurisdicional dos direitos declarados na *Carta* pertence, nos termos do art. 19 do *Tratado da União Europeia*, ao *Tribunal de Justiça da União Europeia* e ao Tribunal Geral, a ele vinculado, assim como aos tribunais especiais da União. Além disso, são igualmente responsáveis pela sua proteção e garantia as cortes nacionais⁸²⁷.

O sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais na Europa alcançou, assim, grande complexidade. De um lado, a *Corte Europeia de Direitos*

⁸²⁵ “Eine erhebliche Verstärkung erfährt der Grundrechtsschutz auf Unionsebene seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 durch die Europäische Grundrechtecharta (GR-Charta), die im selben Rang wie die primärrechtlichen Unionsverträge steht”, EPPING, *Grundrechte, cit.*, p. 461, tradução livre.

⁸²⁶ DEDERER, Hans-Georg. Die Architektur des europäischen Grundrechtsraums. *In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2006, p. 576-7; EPPING, *Grundrechte, cit.*, p. 461.

⁸²⁷ EPPING, *Grundrechte, cit.*, p. 464.

Humanos, que tem como documento fundamental, fulcro de seus julgados, a *Convenção* de 1950 e seus protocolos adicionais, albergando em sua jurisdição os 47 países participantes do Conselho da Europa. De outro lado, o *Tribunal de Justiça da União Europeia*, responsável pela interpretação e aplicação do *Tratado da União Europeia*, o qual incorporou a *Carta dos Direitos Fundamentais*, de 2000. Por fim, as cortes nacionais, que assumem a proteção dos direitos fundamentais, constantes em seus textos constitucionais, além de assumirem também, como documentos normativos, a *Convenção* e a *Carta*. A autoridade de cada uma das cortes, que acabam por se condicionarem reciprocamente, tem sido referido como uma relação triangular (*Beziehungsdreiecke*)⁸²⁸, não estando qualquer uma delas num patamar superior, mas lidando com *matérias* e em hipóteses processuais diferenciadas e, não raro, concorrentemente. Acrescente-se, ainda, que ao lado desse complexo de normas de diferentes fontes e sua respectiva jurisdição, encontram-se normas de direito internacional dos direitos humanos, tornando-se um interessante objeto de estudo, na medida em que a tradicional organização da Teoria do Direito tem de se esforçar para descrever e explicar essa intrincada relação⁸²⁹.

O Estado, ao entrar no sistema comunitário, torna-se, assim, poroso às decisões que envolvem conformidade com o sistema, sujeitando-se, igualmente, a evolução da interpretação jurídica feita pela Corte com autoridade competente. No caso da União Europeia e da *Corte Europeia de Direitos Humanos*, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa pode observar e supervisionar os esforços estatais em cumprir as determinações da Corte, cabendo ao Estado não só reparar integralmente os danos causados pelas lesões a direitos humanos (*restitutio in*

⁸²⁸ DEDERER, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums, cit., op. cit., p. 576.

⁸²⁹ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Por une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2010.

integrum), como acaba por se fazer necessário ajustar a sua ordem interna para que estes direitos sejam adequadamente efetiváveis.

Apesar do avanço na garantia dos direitos de liberdade, infelizmente aos direitos sociais ainda não foi possível, ao nível da União, dar contornos jurídicos precisos⁸³⁰ – e, vale destacar, até mesmo em determinadas constituições nacionais, com na Alemã, não são previstos textualmente direitos fundamentais de segunda-geração, o que limita, a título de exemplo, o fundamento de exigibilidade de tais direitos por cortes internacionais ao fundamento da “tradição constitucional” dos países, tal qual fez o Tribunal de Justiça Europeu⁸³¹. Em 1961, foi publicada a *Carta Social da Europa*, pelo Conselho da Europa, que estabelece um rol amplo direitos sociais⁸³². Nada obstante, previu apenas o mecanismo de relatórios para o controle e implementação destes direitos, e, só com o seu protocolo adicional, de 1995, criou um processo coletivo de reclamação. A *Carta Social* foi ratificada por 27 países, e o protocolo adicional sobre a reclamação coletiva, até o momento, por apenas 13 países⁸³³.

⁸³⁰ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 139-40.

⁸³¹ DEDERER, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums, cit., *op. cit.*, p. 576-7.

⁸³² Dentre os quais destacamos: Trabalho livre, respeitadas as normas de segurança e higiene, e mediante remuneração justa, que garanta o seu sustendo e o de sua família; direito sindical e à negociação coletiva; à proteção da maternidade; à igualdade de oportunidades no trabalho, sem discriminação baseada no sexo; proteção às crianças e adolescentes a perigos físicos e morais, além de proteção social, jurídica e econômica; à formação profissional; à saúde e à segurança social dos dependentes do trabalhador; à família; ao imigrante; ao idoso; contra a pobreza e exclusão social; à habitação, *v.* <<http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/035.htm>>, consultado em 10/06/2013.

⁸³³Cf. informações constantes no site do Conselho da Europa, disponível, respectivamente, em <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=7&DF=10/06/2013&CL=GER>>, e <

Como atesta PIOVESAN,

“Adicione-se que há, atualmente, mais de 185 instrumentos internacionais adotados pelo Conselho da Europa, com destaque a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos Desumanos e Degradantes de 1987 (que conta com dois Protocolos); a Carta Europeia para as Línguas Regionais ou de Minorias de 1992; a Convenção para a Proteção de Minorias Nacionais de 1995. A maioria dos Estados-parte da Convenção Europeia e ainda parte dos instrumentos de alcance global de proteção dos direitos humanos aprovados pela ONU”⁸³⁴.

Interessante que, na aplicação do direito, a Corte Europeia de Direitos Humanos assumiu cânones hermenêuticos específicos, que visam garantir a efetividade dos direitos humanos fundamentais, como o princípio da interpretação teleológica, a garantir que seja cumprido o desiderato da Convenção; da interpretação efetiva, que proporciona a busca de soluções reais, e não apenas teóricas ou ilusórias; da interpretação dinâmica e evolutiva, que pretende interpretar a Convenção não a partir de quando foi escrita, mas como instrumento vivo, atualizando-a para as exigências e condições de possibilidade de cumprimento dos direitos no momento da aplicação; e da proporcionalidade⁸³⁵.

A Corte Europeia de Direitos Humanos examina, desde o Protocolo n. 11, de 1998, ações de indivíduos, grupos e, ainda, organizações, proporcionando o acesso de 800 milhões de pessoas. Se na década de 60 apenas 10 decisões foram proferidas, atualmente são submetidos cerca de 65 mil casos por ano à corte, e esta

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=158&CM=7&DF=10/06/2013&CL=GER> >, consultado em 10/06/2013.

⁸³⁴ PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Mundial...*, cit., p. 108.

⁸³⁵ V. PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Mundial...*, cit., p. 108-10.

profere mais de mil sentenças anualmente⁸³⁶. Desde o Protocolo n. 14, a Corte passou por uma reforma, aumentando-se o número e o tempo de mandado dos juízes, agilizando o procedimento, e, ainda, criando uma “cláusula de barreira”, que visa verificar se houve “desvantagem significativa” ao aplicante. Conta, ainda, além da competência contenciosa, com competência consultiva, nos termos do art. 47, por solicitação do Comitê de Ministros. Porém, a competência consultiva é bastante restritiva, não sendo praticamente utilizada. Com a adoção facultativa do Procolo n. 16, de 2013, a Corte está também apta a prestar opiniões quando requerida pelas Cortes Supremas dos países signatários do citado Protocolo, o que tende a fortalecer a compreensão e aplicação dos direitos humanos na Europa⁸³⁷.

Cumprе salientar o caráter de subsidiariedade da *Corte*. É preciso, nos termos do art. 35 da *Convenção*, que tenha ocorrido o esgotamento dos recursos jurídicos internamente disponíveis. Evidentemente, tal exigência é entendida a partir de um critério de proporcionalidade e adequação, e remédios jurídicos inefetivos podem ser desconsiderados⁸³⁸.

A decisão da *Corte* é uma decisão declaratória, que, conforme o caso, vai exigir reparação à vítima, que o Estado pode satisfazer da maneira que considerar mais apropriada, e, ainda, a mudança da legislação interna dos países, quando a prática violadora se achar garantida legalmente, o que será examinado mais adiante.

⁸³⁶ De fato a Corte encontra-se sobrecarregada, mas deve-se levar em consideração que, na estatística acima apontada, algumas sentenças resolvem casos semelhantes. Não se trata, portanto, de uma sentença para cada caso. Estatística disponível em <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>>>, consultado em 11 de novembro de 2013.

⁸³⁷ Cf. <www.echr.coe.int/Documents/Country_Factsheets_1959_2010_ENG.pdf>, consultado em 11 de novembro de 2013.

⁸³⁸ PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Mundial...*, cit., p. 118.

6.2.3. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

São, sem dúvida, maiores os desafios para a consolidação de um sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais na América, em comparação à Europa. Predominou, historicamente, na região, fruto do processo de colonização, maiores desigualdades sociais, alto índice de violência e impunidade, dificuldades de consolidação de regimes democráticos e uma falta de equilíbrio geopolítico, com os Estados Unidos da América assumido, desde a *Doutrina Monroe* e seu corolário, com Roosevelt, a política do *big stick*, uma postura de nítida interferência nos assuntos internos dos demais países americanos⁸³⁹.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos acabou se constituindo por duas vias distintas. A primeira foi criada com a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, assinada em Bogotá em 1948, associada à *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Esse primeiro subsistema funciona por meio da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, e apenas os Estados que ratificaram a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, também conhecido como o *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969, submetem-se à jurisdição da *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Assim, afirma-se que há dois subsistemas, o geral e o específico. Ao geral, todos os países membros da OEA se submetem, ao específico, apenas os que reatificaram o *Pacto de San José da Costa Rica*.

⁸³⁹ “A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, a qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”, PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Mundial...*, cit., p. 126.

Os direitos constantes no principal instrumento normativo do sistema interamericano, o *Pacto de San José*, assemelham-se àqueles declarados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, colocando-os, porém, sob a jurisdição da Corte Interamericana. Apesar de não trazer direitos sociais, econômicos ou culturais, foi assinado em 1988, e entrou em vigor em 1999, o *Protocolo Adicional ao Pacto de San José (Protocolo de San Salvador)*, que possui exatamente esse objetivo, e submete o seu controle à Comissão Interamericana e, apenas nas hipóteses de direitos sindicais e direito à educação, nos termos do art. 19, à Corte Interamericana⁸⁴⁰.

Historicamente, o sistema interamericano pode ser dividido numa fase de formação, seguida da institucionalização, consolidação e, por fim, aperfeiçoamento⁸⁴¹. Na fase de formação destaca-se a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do art. 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos⁸⁴². Na fase de institucionalização, entra em vigor o *Pacto de San José*, em 1978, e Comissão passa a afirmar a obrigatoriedade da observância de suas normas sobre direitos humanos, inclusive, considerando direitos humanos as disposições contidas no *Pacto de San José*, mesmo para os

⁸⁴⁰ BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

⁸⁴¹ V. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seus mecanismos de proteção. In: GOMES, Luis Fávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2002, p. 103-51.

⁸⁴² BRASIL. Decreto Legislativo 30.544, de 14 de fevereiro de 1954. Art. 106: “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de ta matéria”.

Estados que não ratificaram o Pacto, como os Estados Unidos⁸⁴³. Durante a década de 80, há a fase de consolidação, na qual há a construção jurisprudencial da Corte, bem como a adoção de dois protocolos adicionais à Convenção Americana, bem como outros instrumentos normativos, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, em 1994; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadores de Deficiência, em 1999⁸⁴⁴.

Por fim a fase de aperfeiçoamento, em que são feitas várias recomendações para o melhor desempenho das funções da Corte e da Comissão, como definir de forma mais expressa a competência de cada uma, evitando a sobreposição de funções; garantir maior independência e melhores condições de trabalho aos memos da Comissão e da Corte, para que possam se desincumbir com maior presteza e qualidade da crescente demanda de proteção⁸⁴⁵.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é responsável pela promoção e consulta sobre direitos humanos. Encontra dentro de suas atribuições receber denúncias individuais, de grupos de pessoas ou organizações, sobre violações a seus instrumentos normativos, bem como se encarregar do sistema de controle via relatórios, havendo ainda a possibilidade de receber denúncias entre Estados – caso aceita essa cláusula facultativa⁸⁴⁶.

Recebida denúncia pela Comissão, esta intimará o Estado-parte para, nesta primeira fase, tentar uma solução amistosa. Caso esta não seja alcançada, a Comissão então redige um relatório, expondo a situação fática envolvida e

⁸⁴³ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 171.

⁸⁴⁴ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 171.

⁸⁴⁵ GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 172.

⁸⁴⁶ ROMANI, Carlos Fernandez de Casadevante. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 4. ed. Madrid: Dilex, 2012, p. 257.

conclusões em relação à violação ou não de seus instrumentos normativos. O Estado terá, então três meses para solucionar o problema, ou, submeter o caso à Corte Interamericana. Na hipótese de o Estado não estar sob a jurisdição da Corte, a Comissão então elaborará um relatório definitivo, expondo a sua conclusão e admoestando o Estado a cumprir as suas recomendações dentro do prazo fixado, quando, então, a Comissão verificará se foram adotadas as medidas apropriadas, e constará todo o caso em seu relatório anual. Caso o Estado esteja submetido à jurisdição da Corte, após o prazo consignado pela Comissão, na hipótese de não cumprimento das recomendações, o caso será diretamente submetido à Corte⁸⁴⁷.

Salienta-se que, diferentemente do modelo Europeu, a Corte Interamericana não recebe reclamações individuais diretamente. É necessário que elas sejam previamente submetidas à Comissão, que realiza o controle de admissibilidade.

A Corte Interamericana possui competência contenciosa, como afirmado, e também consultiva. Ao exercício contencioso da Corte é pressuposto a sua aceitação, através da ratificação da *Convenção*, e suas sentenças são definitivas e inapeláveis, podendo ainda tomar medidas cautelares, em casos de extrema gravidade e urgência, sendo cabível para a proteção da vítima como para a garantia do processo⁸⁴⁸.

Já a competência consultiva da Corte não se limita aos Estados que aceitaram a sua jurisdição na *Convenção*. Todos os Estados-membros da OEA podem solicitar parecer opinativo em matéria de direitos humanos, principalmente sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos de seus marcos

⁸⁴⁷ PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Mundial...*, cit., p. 136-7.

⁸⁴⁸ ROMANI, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit., p. 264.

normativos, e, igualmente, sobre disposições de direito interno em face destes, realizando um *controle de convencionalidade* prévio⁸⁴⁹.

A Corte Interamericana tem se destacado na cena político-jurídica na América, tendo examinado vários casos de repercussão no continente, com impacto na estrutura normativa de seus membros, conferindo, à sua atuação, ampla repercussão internacional. Trata-se de uma conquista à implementação dos direitos humanos e fundamentais, exercendo papel de controle e promoção dos direitos humanos no plano interno, e fomentando, através do controle de convencionalidade, a adequação e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e das práticas dos países membros.

6.2.4. CORTE AFRICANA E CARTAS ASIÁTICA E ÁRABE DE DIREITOS HUMANOS

Neste último tópico foram reunidos três diferentes segmentos regionais de proteção aos direitos humanos, por serem ainda incipientes e enfrentarem, no caso asiático e árabe, uma resistência grande ao próprio conceito de direitos humanos, ou, ainda, uma perspectiva tão peculiar dos direitos humanos que há de se ter dúvidas se, realmente, de direitos humanos se tratam.

O sistema africano foi inaugurado com a aprovação da Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos, em 1981, pela então Organização da

⁸⁴⁹"A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada com qualquer outro Tribunal internacional. A Corte tem exercido sua jurisdição no sentido de realizar importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (...) As opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitadas a fatos específicos lançados à evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. (...) Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos", JO M, Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, p. 328, *apud*, PIOVESAN, *Direitos Humanos e Justiça Mundial...*, *cit.*, p. 140;

Unidade Africana (OUA), substituída, em 2002, pela União Africana, que congrega todos os Estados africanos, com exceção de Marrocos, por não reconhecer a soberania do Saara Ocidental. A entrada em vigor da Carta se deu em 1986, ou seja, pode-se perceber que a experiência africana no controle regional dos direitos humanos é significativamente mais recente que a europeia e a americana.

O continente africano foi vítima, durante séculos, da expoliação ocidental, “conquistado”, dividido e, depois, com o processo de descolonização, acabou se tornando *locus* de fronteiras políticas artificiais, comandado por elites locais, sem ter havido um suficiente processo de monopolização do uso da força, na medida em que foi loteado de acordo com interesses de terceiros. Além da pobreza, da fome, das péssimas condições sanitárias, a África tem sido palco das mais graves e alarmantes atrocidades, como o genocídio, e chocou o mundo na década de 90. Não apenas Ruanda, mas Serra Leoa, Libéria, Angola, Chade, Congo, Somália... são inúmeros os conflitos e a quantidade de *failed states* assusta. Tal condição certamente refletiu na Carta elaborada pelos povos africanos, que acabou se diferenciando em relação à semelhança encontrada entre as cartas europeia e americana. Aparecem, como direitos preponderantes, os de autodeterminação e independência dos povos, proteção de seus recursos naturais, direito ao desenvolvimento econômico, cultural e social⁸⁵⁰.

Estão entre os objetivos da Carta Africana garantir a liberdade, equidade, justiça e dignidade como objetivos fundamentais, busca alcançar a paz, a preservação do meio ambiente, erradicar as formas de colonialismo no continente, e reconhece que assegurar os direitos individuais não está dissociado dos direitos sociais, culturais e econômicos, e afirma o propósito de eliminar o neocolonialismo, apartheid, sionismo, bem como as bases militares estrangeiras,

⁸⁵⁰ V. GUERRA, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, cit.*, p. 154.

assim como o preconceito, seja por cor, raça, etnia, grupo, sexo, religião, língua ou opinião política. O primeiro capítulo da Carta apresenta os direitos, individuais e sociais, como a proteção à integridade física e psicológica, à vida, à escravidão, tortura e tratamento desumano, à liberdade de circulação, crença, religião etc; o segundo capítulo, os deveres, como perante a família, a comunidade, o Estado e a comunidade internacional; é dever ainda trabalhar para o desenvolvimento harmonioso e manter o respeito à família; preservar os laços de solidariedade social e nacional, preservar e fortalecer os valores africanos, entre outros. Por fim, o terceiro capítulo trata da organização da Comissão Africana sobre Direitos do Homem e dos Povos⁸⁵¹. Como se pode notar, os valores referentes à solidariedade social são reforçados, apontando a família e a comunidade como polos centrais da vida.

Até 1998, quando foi assinado o protocolo adicional para a criação da Corte Africana, incumbia somente à Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos a promoção, difusão e controle dos direitos humanos e dos povos na África, nos termos do art. 45 da Carta. A Comissão funciona segundo a metodologia de comunicações interestatais e individuais de violação de direitos contida na Carta, nos termos de seus art. 47 e 55, além da obrigação dos Estados de produzirem, a cada dois anos, relatório sobre as medidas tomadas para promoção dos direitos humanos e fundamentais.

Até 2013, contando com 54 assinaturas, 26 países ratificaram o protocolo adicional e se submeteram à jurisdição da Corte. Em 2009 foi firmado o protocolo que estabelece as regras de funcionamento da Corte, que são bastante semelhante a das demais cortes internacionais, contando com competência consultiva e contenciosa, possuindo legitimidade para submeter processos a ela a

⁸⁵¹ Cf. disponível em <www.au.int/en/sites/default/files/banjul_charter.pdf>, consultado em 13 de novembro de 2013.

Comissão, os Estados-parte, seja o que tenha apresentado queixa à Comissão, seja o Estado contra o qual foi apresentada a queixa, o Estado-parte cujo cidadão tenha os seus direitos lesados e, por fim, as Organizações Intergovernamentais Africanas. Suas sentenças são obrigatórias e irrecorríveis, podendo reestabelecer o dano sofrido. A Corte possui, ainda, poder para tomar medidas acautelatórias, assemelhando-se, portanto, às cortes europeia e interamericana.

Também a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) promulgou uma Carta de direitos humanos. No entanto, a ASEAN⁸⁵² conta com a participação de apenas 10 países da região, estando de fora os países mais relevantes sob a perspectiva geopolítica e populacional, com exceção da Indonésia. Ademais, é conhecida a resistência dos países orientais à idéia geral de direitos humanos, por considerá-los excessivamente individualistas, e não fazerem parte, diretamente, do desenvolvimento histórico-cultural de seus povos.

Em relação aos países árabes, a referência aos direitos humanos não passa de uma aspiração. Existem dois instrumentos centrais sob o tema, a *Declaração Universal Islâmica de Direito dos Homens*, e a *Declaração do Cairo*, organizada pela Organização para a Cooperação Islâmica. Nenhuma das duas, porém, possui força jurídica, tendo sido uma forma de manifestação política sobre a compreensão dos direitos humanos islâmica, ou seja, que contorna a tradição secular ocidental, de origem judaico-cristã. Trata-se, sob a perspectiva ocidental, de um verdadeiro paradoxo. De um lado, os textos consagram importantes direitos, como a proibição de discriminação por cor, sexo, gênero, etnia, crença religiosa, língua, status social etc. Garante a vida e a integridade física, proibindo-

⁸⁵² V. para uma perspectiva crítica, DESIERTO, Diane A. Universalizing Core Human Rights in the “New” ASEAN: A Reassessment of Culture and Development Justifications Against the Global Rejection of Impunity. *Göttingen Journal of International Law* n. 1, pp. 77-114, 2009.

se ao Estado que viole estes direitos, senão nos termos permitidos pela Sharia; assegura a preservação da vida e propriedade dos civis, em tempo de guerra, bem como o devido tratamento aos doentes e feridos; garante a igualdade entre homens e mulheres, e reconhece a elas direitos e obrigações, cabendo ao marido o sustento da família; aos indivíduos garante-se o direito à educação, religiosa e “mundana”, o acesso à universidade, à mídia etc, como forma de fortalecer a sua personalidade e fé em Deus, bem como permiti-lo compreender a religião Islâmica e os fatos do Universo para o benefício da humanidade. Vale dizer, todos os direitos, como afirmado no art. 25 da Declaração do Cairo, devem ser interpretados sob a luz da Sharia⁸⁵³.

Percebe-se, desta feita, que os desafios de implementação dos direitos humanos são grandes, mas, que, por outro lado, os instrumentos globais de proteção aos direitos humanos, como os Pactos Internacionais, acabaram por influenciar fortemente os cinco continentes, residindo exatamente nesse fator comum, comungado por todas as culturas, o ponto inicial de promoção e respeito à dignidade humana, sem que tal se transmute numa guerra cultural opressiva, em que uma civilização se arrogue como detentora da verdade, querendo submeter as demais aos seus pressupostos e condicionamentos histórico-culturais.

6.3. RECONHECIMENTO DA SUPERIORIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto no âmbito global como regional, tem se constituído como um desafio ao Direito Constitucional e à Teoria Geral do Direito e do Estado. De um lado, as Constituições se afirmaram como o ápice do ordenamento jurídico de cada um dos países, mas, de outro, a

⁸⁵³ Cf. disponível em <<http://www.oic-oci.org/english/article/human.htm>>, consultado em 13 de novembro de 2013.

necessidade de observância do Direito Internacional, em casos de conflito com as disposições internas, colocam as supremas cortes ou tribunais constitucionais diante de um dilema. Aparentemente, e isso é verdadeiro em alguns casos, é necessário se dê primazia ao direito internacional violado, sob pena do Estado ter de arcar com um alto custo perante a comunidade internacional. O reconhecimento judicial de tal posição não foi afirmada pela primeira vez com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a partir do processo de integração da União Européia, em que as Cortes internas enfrentaram uma situação bastante parecida.

Ora, se essa realidade já existia, no marco da integração europeia, como até mesmo condição para que a integração se desenvolvesse, quando se tratam de direitos humanos há um argumento ainda mais forte, que é a preservação de valores que atingem o ápice da garantia constitucional. Assim, as cortes nacionais tem, progressivamente, dando relevo crescente à proteção dos direitos humanos consagrados no plano internacional e regional, mesmo que em detrimento de normas internas. A bem da verdade, na maior partes dos casos, não há oposição, e sim sinergia, entre o direito internacional dos direitos humanos e a proteção interna garantindo estes mesmos direitos.

Há uma série de variáveis que apontam para a convergência e busca de máxima efetividade dos tratados sobre direitos humanos. Em primeiro lugar, os países, em regra, aderiram não apenas a um, mas vários tratados de direitos humanos que acabam se reforçando, tendo, portando, consentido em segui-los, por declaração expressa de vontade; segundo, há, como citado, como regra, a compatibilidade entre a proteção global, regional e local, em razão de compartilharem da mesma gênese; terceiro, os direitos humanos e fundamentais costumam ser tratados de modo especial pelas constituições – ainda que não se

aceite propriamente uma hierarquia maior, são considerados cláusulas pétreas, inderrogáveis; por fim, em caso de descumprimento, sujeitam-se os países a, provavelmente, mais de uma esfera sancionatória, a global e a regional.

Esta superioridade, entretanto, não funciona como um claro mecanismo hermenêutico em que a lei superior revoga a lei inferior, pela sua incompatibilidade. Ele é mais complexo, pois se dá entre ordens jurídicas distintas, e se pauta pela possibilidade de diálogo e de concretização, a partir de uma margem de apreciação hermenêutica, deixada ao arbítrio do Estado⁸⁵⁴.

Feita esta ressalva, a fim de demonstrar mudanças paradigmáticas sobre o relacionamento das cortes internas com as cortes internacionais e a garantia dos direitos humanos, passaremos a analisar dois casos paradigmáticos, tomados, portanto, como exemplo e modelo, de possível solução das controvérsias que, pela sobreposição de competência em razão da matéria, tende a gerar conflitos.

6.3.1. A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)

⁸⁵⁴ Exemplo de tal situação ocorreu com a recepção, pela França, do princípio da livre manifestação religiosa contido na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, quando de seu exame prévio, pelo Conselho Constitucional, de compatibilidade com a constituição francesa, que se utilizou de jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos. Assim, o direito de manifestação religiosa, individual ou coletivo, no âmbito da tradição republicana laica francesa, foi interpretado de modo a se entender que, apesar de nos outros países da União Européia esse princípio veda a obrigatoriedade do ensino religioso, não o proibindo, na França ele é inteiramente vedado nas escolas públicas, conforme a sua tradição constitucional, cf. NEVES, *Transconstitucionalismo, cit.*, p. 240-1. Em relação às colisões de decisões de distintos níveis jurisdicionais, ainda não há ainda em vista um mecanismo suficientemente elaborado, apto a oferecer respostas que diminuam o *trade-off* que pesa em desfavor da insegurança jurídica nestes casos, v. VIELLECHNER, Lars. Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts. *Der Staat*, n. 51, 4, München, Duncker & Humblot, pp. 559-580, 2012.

Ainda na fase de consolidação da União Europeia, a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) foi confrontada, no ano de 1974, em processo de controle de constitucionalidade concreto, com decisão da Corte de Justiça Europeia, que considerou válida norma secundária da União Europeia em face da Constituição Alemã. Vale ressaltar que, como já citado, desde 1964, com a decisão Costa/ENEL, a Corte de Justiça Europeia considera ser sua a competência para examinar normas de direito comunitário, e os considera de hierarquia superior ao direito interno dos países membros. Assim, diante do caso, a Corte Constitucional Alemã, em primeiro lugar, admitiu o recurso, apesar de o art. 100 da *Grundgesetz* permiti-lo apenas em face de lei alemã, e, em síntese decidiu que, enquanto o processo de integração da Comunidade não estiver avançado a ponto de que o direito comunitário contenha um catálogo de direitos fundamentais, formulados pelo Parlamento, e que esteja adequado à Lei Fundamental alemã, pode e deve a Corte Constitucional alemã examinar, via procedimento de controle de constitucionalidade a sua compatibilidade de normas comunitárias e a Lei Fundamental. Por prever um marco modal, ou seja, “enquanto não houver (...)”, a decisão foi batizada como *Solange I* (“enquanto I”) ⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ “Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 EWGV geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert”. BVerfaGE, 37, 271, disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>>, consultado em 13 de novembro de 2013.

Em 1989, entretanto, a Corte reviu a sua posição, com o julgamento do processo batizado como *Solange II*. Observando o cuidado da Corte Européia de Justiça na garantia dos direitos fundamentais, em relação às normas de direito comunitário, assumiu sua responsabilidade constitucional de verificar eventuais infrações e desrespeitos à Constituição, principalmente a direitos humanos e fundamentais, mas resolveu que, enquanto a Corte Européia mantenha o patamar alcançado de proteção aos direitos fundamentais, com a efetiva proteção e garantia dos direitos fundamentais face ao poder da Comunidade Européia, compatíveis com a Lei Fundamental alemã, não cabe a ela examinar, em reclamação constitucional, infringências de normas secundárias de direito comunitário face à Lei Fundamental⁸⁵⁶.

Tal julgamento foi confirmado um ano depois, no caso sobre o *mercado de bananas* – refere-se a normas comunitárias de importação/exportação de artigos que, segundo o reclamante, teria violado direitos fundamentais. Sustentou a Corte, na ocasião, que são inadmissíveis reclamações contra direito secundário da Comunidade Européia em relação à proteção de direitos fundamentais garantidos pela Lei Fundamental alemã caso não se comprove, preliminarmente, que houve um decréscimo no nível de proteção abaixo do *standard* estabelecido na decisão

⁸⁵⁶ “Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig”, BVerfGE, 73, 339, disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>>, consultado em 13 de novembro de 2013.

Solange II. Ademais, ressaltou que, para ser admitido, deve o recurso demonstrar cabalmente que a proteção aos direitos fundamentais não foi assegurada no caso respectivo⁸⁵⁷. Por fim, restou pacificado que o direito comunitário deve ter como padrão, ao ser aplicado, os direitos humanos e fundamentais da União Européia, e não segundo a medida dos direitos fundamentais alemães⁸⁵⁸.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta Européia de Direitos Humanos assumiu, conforme o art. 6º, § 1º, do Tratado da União Européia, *status* de direito primário da União, o qual possui, consoante o entendimento do Tribunal da União Européia, precedência em relação aos direitos nacionais⁸⁵⁹. Certamente, com esse passo, sai fortalecida a proteção dos direitos humanos e fundamentais, não apenas em termos de acionabilidade perante tribunais internacionais e local, mas, igualmente, pela força simbólica conferida a estes direitos.

É certo que os direitos garantidos na Carta Européia, e, conseqüentemente, a proteção aos direitos fundamentais conferida pelo Tribunal

⁸⁵⁷ “1) Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, sind von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339 <378 bis 381>) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei. 2) Deshalb muss die Begründung der Vorlage oder einer Verfassungsbeschwerde im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Dies erfordert eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene in der Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht sie in BVerfGE 73, 339 (378 bis 381) geleistet hat”, BVerfG, 2 BvL, 1/97, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/l20000607_2bvl000197.html>, consultado em 13 de novembro de 2013.

⁸⁵⁸ EKARDT, Felix; LESSMANN, Verena. EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem. *Kritische Justiz*, Baden-Baden, Nomos, v. 3, 2006, p. 385.

⁸⁵⁹ MORLOK, *Grundrechte, cit.*, p. 67.

de Justiça da União Européia, são, em sua maioria, direitos de cunho liberal – apesar da Carta trazer uma seção sobre a *solidariedade*, e consagrar direitos como a igualdade de tratamento, porém, mesmo estes, vistos sob o *prima liberal*. Não raro, portanto, é a situação de conflito entre as liberdades individuais, garantidas como direito comunitário, e os demais direitos fundamentais contidos na Lei Fundamental. Mesmo nesses casos, a competência é do Tribunal da União Européia, guardando a Corte Constitucional Alemã sua competência para os casos excepcionais⁸⁶⁰.

O triângulo de cooperação entre as Cortes é concluído com a Corte Européia de Direitos Humanos. Esta última, reitera-se, não integra a União Européia, e, conseqüentemente, seu tratado constitutivo, a *Convenção Européia do Direito dos Homens*, não possui o *status* de direito comunitário, e sim, como tratado internacional, de lei ordinária federal. Nada obstante, até ser firmado o Tratado de Lisboa, a União Européia não possuía um catálogo de direitos fundamentais com força cogente – utilizando-se como paradigma a tradição constitucional dos países membros – e era exatamente a *Convenção* que serviu de parâmetro para o Tribunal de Justiça da União Européia⁸⁶¹.

Nos termos do art. 34 da *Convenção*, além de Estados e organizações, ao indivíduo é concedido o direito de acionar a Corte Européia de Direitos Humanos, exigindo-se, no art. 35, como requisito de admissibilidade, o esgotamento dos recursos judiciais internos no caso – consagração do princípio da subsidiariedade – o que tem sido compreendido, no caso da Alemanha, inclusive a necessidade de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), como última instância possível de solução do caso. Conseqüentemente, não se vislumbra

⁸⁶⁰ EKARDT; LESSMANN, EuGH, EGMR und BVerfG... cit., *op. cit.*, p. 387.

⁸⁶¹ DEDERER, Die Architektur des europäischen Grundrechtsraums... cit., *op. cit.*, p. 590 *et seq.*

possibilidade de conflito de competência, mas, evidentemente, decisões sobre interpretação de direitos humanos e fundamentais, que estão contidas tanto na Convenção como na Lei Fundamental, podem acabar sendo contraditórias⁸⁶².

Um importante julgado, que esclareceu como a Corte Constitucional Alemã percebe a sua relação com a da Corte Europeia de Direitos Humanos, foi o caso Görgölü⁸⁶³, julgado em 2004. No julgado, a Corte fez importantes observações sobre a relação da Lei Fundamental da Alemanha e do Direito Internacional, além de estabelecer um parâmetro para a aplicação judicial da *Convenção*.

Em primeiro lugar, decidiu a Corte que o princípio contido na Lei Fundamental (art. 20.3) que afirma estarem os juízes adstritos à Lei, inclui considerar as garantias da *Convenção* como parte de uma interpretação metodológica e justificável da lei, e que não é possível avaliar as decisões da Corte Europeia e seu cumprimento de modo esquemático, sob pena de se violar direitos fundamentais e princípios jurídicos. Em segundo lugar, afirmou que os órgãos estatais devem integrar os efeitos das decisões da *Corte Europeia* no sistema legal nacional, principalmente quando se trata de direito nacional como parte de um

⁸⁶² EKARDT; LESSMANN, EuGH, EGMR und BVerfG... cit., *op. cit.*, p. 387.

⁸⁶³ O Sr. Görgölü era um cidadão turco que vivia na Alemanha, e teve um filho nascido de mulher com quem não era casado, que, sem avisá-lo da gravidez, deu o filho em comum a adoção após quatro dias de nascido. Sabendo do nascimento do filho após quatro meses, o Sr. Görgölü tentou adotá-lo, porém, sem sucesso. Após longo trâmite judicial na Alemanha, o pai buscou amparo na Corte Europeia de Direitos Humanos, e, através de uma medida liminar, reconheceu a violação ao direito ao respeito à vida familiar, contido no art. 8º da Convenção, e decidiu que deveria ser garantido, considerando-se o estado em que se encontrava o processo, o direito de visita do pai à criança. A corte regional concedeu então a tutela, que, por sua vez, foi cassada no Tribunal Regional, sob o argumento de que a decisão da Corte estabelece uma obrigação à República Federal da Alemanha, mas não vinculante. Assim, o caso foi levado à Suprema Corte. V. VerfG, 2 BvR 1481/04, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html>, consultado em 09.02.2013.

equilibrado sistema de direito doméstico, que pretende harmonizar diferentes posições sobre direitos fundamentais⁸⁶⁴.

A decisão deixou ainda clara a “afinidade” da Constituição Alemã com o Direito Internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), afirmando que as regras gerais de direito internacional possuem superioridade em relação às leis ordinárias⁸⁶⁵ (art. 25, *Grundgesetz*)⁸⁶⁶, porém, ressaltou, não se trata de norma de

⁸⁶⁴ “Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische “Vollstreckung” können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will”, VerfG, 2 BvR 1481/04, cit.

⁸⁶⁵ O texto da *Grundgesetz* não é claro a esse respeito. Pode-se até mesmo afirmar, interpretando-se o art. 25, que as normas gerais de direito internacional estariam no mesmo nível da Constituição, o que não foi a interpretação conferida pela Corte Constitucional. De qualquer modo, é claro que o texto não se refere a nenhuma norma “supra” constitucional. “Teilweise wird allerdings darauf aufmerksam gemacht, daß die Formulierung, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gingen „den Gesetzen vor“, trotz ihrer sonstigen Unüblichkeit auch einen verfassungsrechtlichen Rang dieser Regeln implizieren könnte. Festzuhalten ist aber jedenfalls, daß der Wortlaut des Grundgesetzes für keinerlei völkerrechtliche Norm einen überverfassungsrechtlichen Rang vorsieht”, VOSGERAU, *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft...*, cit., p. 42.

⁸⁶⁶ “Diese verfassungsrechtliche Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt, ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das die Betätigung staatlicher Souveränität durch Völkervertragsrecht und internationale Zusammenarbeit sowie die Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts fördert und deshalb nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht. Das Grundgesetz hat die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 GG) und auf die europäische Integration (Art. 23 GG) festgelegt. Das Grundgesetz hat den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang

hierarquia constitucional⁸⁶⁷. De um lado, a Corte Constitucional Alemã preservou a soberania da Lei Fundamental, de outro, indicou claramente, que é necessário adaptar o direito interno ao direito internacional, para que as ilegalidades no âmbito do direito internacional sejam mitigadas.

Em 2011, a Corte Constitucional trouxe ainda diretrizes que aprofundaram a força da Convenção, numa decisão sobre prisão preventiva (*Sicherungsverwahrung*). Sobre a superação do direito através da jurisprudência, a Corte Constitucional considerou que as mudanças interpretativas nos julgados da Corte Européia de Direitos Humanos, guardadas as diferenças jurídicas, devem ser levadas em consideração na aplicação do direito, tais quais as mudanças interpretativas operadas pela Corte Constitucional. Reafirmou que, realmente, a norma da Convenção está abaixo da Constituição. Nada obstante, a Constituição deve ser interpretada a partir de sua “afinidade” com o direito internacional, e o texto da Convenção, bem como as decisões da Corte Européia funcionam no nível constitucional como suporte interpretativo (*Auslegungshilfe*) para a determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e normas constitucionais internas. Afirmou, ainda, que os limites da “interpretação afinada” (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*) com direito internacional encontra-se na própria constituição, não sendo possível restringir direitos fundamentais nela declarados, e, salientando que essa definição é extremamente importante, pois numa relação multipolar de direitos fundamentais, o “mais” para um destinatário pode significar “menos” para outro. Assim, as possibilidades de interpretação “afinada” com o direito internacional terminam onde, segundo os métodos reconhecidos de

vor dem einfachen Gesetzesrecht eingeräumt (Art. 25 Satz 2 GG) und das Völkervertragsrecht durch Art. 59 Abs. 2 GG in das System der Gewaltenteilung eingeordnet”, VerfG, 2 BvR 1481/04, [330], cit.

⁸⁶⁷ VerfG, 2 BvR 1481/04, [340], cit.

interpretação legal e constitucional, a interpretação não aparece mais como adequada⁸⁶⁸.

Certamente a Corte Constitucional Alemã fixou alguns parâmetros para a funcionalidade de sua relação com a *Corte Européia de Direitos Humanos*, mas de modo abstrato e inconclusivo. Ficou clara a posição da Corte Constitucional de manter o controle da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, e, igualmente, de fazer valer as cláusulas da *Convenção* através do sistema jurídico interno, o que é capaz de evitar a submissão de processos à Corte Européia. Se em relação ao Tribunal de Justiça da Europa o critério hermenêutico da *lex superior* é usado e aceito, ainda que com alguma reserva, em relação à *Convenção* o critério

⁸⁶⁸ 1. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, stehen rechtserheblichen Änderungen gleich, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können. 2. a) Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem Grundgesetz. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes (BVerfGE 74, 358 <370>; stRspr). b) Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. BVerfGE 111, 307 <323 ff.>). c) Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (vgl. Art. 53 EMRK). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint, BVerfG, 2 BvR 2365/09, de 4 de maio de 2011, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html>, consultado em 19 de novembro de 2013.

não vale tendo em vista a Constituição e as leis federais, que possuem a mesma estatura hierárquica. Apesar da compatibilidade entre os sistemas, para evitar que uma lei federal posterior disponha contra a *Convenção*, derogando-a, seria necessário se utilizar do critério da *lex specialis* em relação à última, e, nesse sentido, a posição da Corte Constitucional facilita, sem dúvida, o trabalho do interprete, que deverá ter em mente, sempre, a interpretação conforme a constituição. O problema persistiria, porém, no caso de abrogação expressa.

Em apresentação à *Comissão Europeia para a Democracia através do Direito*⁸⁶⁹, VOßKUHLE, professor e juiz da Corte Constitucional Alemã, sintetizou bem a interação sistemática das três Cortes. Não se trata simplesmente da sobreposição de proteção a direitos humanos e fundamentais, pois a mera cumulação pode gerar mais conflitos e problemas do que efetivamente resolvê-los, mas da coordenação de atividades, sem um garantidor último dos direitos humanos, pelo contrário: as cortes funcionam como pilares da garantia e implementação dos direitos humanos na Europa.

Por essa razão, utiliza a expressão “Federação de Cortes Constitucionais Europeias” (*europäische Verfassungsgerichtsverbund*) para designá-las. A idéia de uma federação, segundo o jurista, busca superar a imagem construída simplificada, pautada pelo princípio da hierarquia, em que há cortes de posição iguais, superiores ou inferiores, substituindo-a pela idéia que forma uma federação multinível, em que se leva em consideração conceitos variados, tais quais unidade, diferença, homogeneidade e pluralidade, limites, cooperação,

⁸⁶⁹ CONSELHO DA EUROPA. Documento *CDL-Ju(2013)001*. VOßKUHLE, Andres. Der Schutz der Menschenrechte im Europäischen Gerichtsverbund, Veneza, Itália, 9 de março de 2013, disponível em <[www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2013\)001-ger](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2013)001-ger)>, consultado em 19 de novembro de 2013.

autonomia, consideração e habilidade para atuar conjuntamente, de forma dialogal⁸⁷⁰.

Nessa perspectiva, a Tribunal de Justiça da União Européia, ao garantir os direitos inscritos na Carta Européia, bem como primar pelo direito comunitário, garante uma integração comunitária, que traz benefícios aos países em conjunto, tanto material quanto ideologicamente, mas que seja ao mesmo tempo equânime e balizada pelos direitos fundamentais e humanos. A sua competência é limitada, não podendo ser diretamente acionada senão em relação às normas comunitárias.

À Corte Européia de Direitos Humanos, conforme VOßKUHLE, incumbe decidir, de modo responsável, quanto é possível ser uniforme em matéria de proteção de direitos fundamentais e quanto de pluralidade pode ser tolerada, o que é feito sopesando-se, de um lado, a efetividade e dinâmica de desenvolvimento da Convenção e, de outro, a liberdade da margem de apreciação pelos países – e, assim, permite-se que, num caso concreto, a Corte simplesmente deixe para a Corte Constitucional do país decidir, como foi feito em relação aos crucifixos na Itália. Não se pode olvidar, entretanto, dos limites da Corte Européia, que tem sob sua jurisdição 800 milhões de pessoas, mas recursos limitados⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ “Der Begriff des Verbundes beschreibt Mehrebenensysteme, wobei er auf räumliche, stark vereinfachende Bilder wie „Gleichordnung, Über- und Unterordnung“ verzichtet. Der „Verbund als Ordnungsidee“(Schmidt-Aßmann) lässt vielmehr Raum dafür, die komplexe Funktionsweise eines Mehrebenensystems „anhand unterschiedlicher Ordnungsgesichtspunkte, wie Einheit, Differenz und Vielfalt, Homogenität und Pluralität, Abgrenzung, Zusammenspiel und Verschränkung“ zu erfassen. Im Gedanken des Verbundes sind Eigenständigkeit, Rücksichtnahme und Fähigkeit zu gemeinsamem Handeln gleichermaßen angelegt. In diesem System bedarf es der Entwicklung spezieller „Verbundtechniken“ durch die Beteiligten, um einen schlüssigen Grundrechtsschutz zu gewährleisten”, CONSELHO DA EUROPA, Documento *CDL-Jun(2013)001*, VOßKUHLE, . Der Schutz der Menschenrechte..., cit., p. 4.

⁸⁷¹ CONSELHO DA EUROPA, Documento *CDL-Jun(2013)001*, VOßKUHLE, Der Schutz der Menschenrechte..., cit., p. 5.

Logo, a primeira e última linha de defesa dos direitos fundamentais e humanos são as Cortes nacionais.

A partir de julgamentos sobre a relação jurídico-política entre as cortes, DEDERER compilou os princípios que alicerçam as bases da arquitetura multinível de proteção aos direitos fundamentais e humanos europeia. Cita-se o princípio da *supremacia (Vorrang)*, com aplicabilidade direta ao direito comunitário, e mitigada em relação à *Convenção*; o princípio da suspensão da revisão judicial (*Auffangzuständigkeit*), segundo o qual tanto a Corte Constitucional Alemã, quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiram não revisar atos de direito comunitário, enquanto a proteção oferecida pelo sistema comunitário for eficiente; *princípio pró-integração (Integrationsfreundlichkeit)*, vale dizer, a integração pode avançar juridicamente enquanto forem resguardados os direitos fundamentais e humanos; *princípio da complementariedade*, segundo o qual a legislação sobre direitos humanos deve ser aplicada pelas várias cortes; *princípio do diálogo*, que propicia a referências recíprocas nos julgados de cada uma das cortes; *princípio do direito humano mais favorável*, uma vez que os direitos fundamentais e humanos garantidos no plano nacional tendem a ser maiores que os exigidos via tratados; *princípio da auto restrição judicial*, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos pode deixar espaço para a tomada de decisão interna, e não decidir o caso integralmente; finalmente, o *princípio da subsidiariedade*, a exigir o esgotamento do procedimento interno⁸⁷².

As decisões sobre o relacionamento entre cada uma das cortes, sobretudo a da Corte Constitucional Alemã, foram criticadas tendo em vista a sua abstração e falta de regras conclusivas. Não concordamos com as críticas, pois o fechamento do sistema num momento de desenvolvimento dessa recente

⁸⁷² DEDERER, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums... cit., *op. cit.*

experiência não parece ser uma opção adequada, caso realmente se busque a concretização da proteção internacional dos direitos humanos. As Cortes, antes de formarem um “triângulo das bermudas”, como foi ironizada, funciona como um sistema eficiente, mas ainda em desenvolvimento, de quase *checks and balances*, com a clara tendência a proporcionar benefícios no sentido da efetivação e desenvolvimento dinâmico dos direitos garantidos⁸⁷³.

6.3.2. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 3 de dezembro de 1998, através do Decreto Legislativo n. 89. Como se vê, a submissão a uma Corte internacional é uma experiência nova, e, contudo, já tem produzido significativas mudanças no direito pátrio. A primeira condenação definitiva do Brasil perante a Corte Interamericana foi apenas em 2006, no caso *Damião Ximenes Lopes*, cidadão que teve a sua vida ceifada após três dias de internação em hospital psiquiátrico, localizado no estado do Ceará, em razão de problemas mentais. Na ocasião, o Brasil foi condenado por se omitir em conferir proteção à vida e à integridade física, tendo falhado em seu dever de conferir proteção judicial à vítima⁸⁷⁴.

Diante da crescente relevância da atuação da Corte Interamericana, da responsabilidade e do papel internacional desempenhado pelo Brasil, que busca se consolidar como liderança regional, e dos casos sensíveis que ganham visibilidade a partir da atuação da Corte Interamericana, o Supremo Tribunal Federal foi levado a enfrentar a questão atinente aos tratados internacionais de direitos

⁸⁷³ DEDERER, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums... cit., *op. cit.*, p. 621-2.

⁸⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil*, cit.

humanos, apontando para um caminho que dá maior relevo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É preciso salientar, antes, que a *reforma do judiciário*, levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004, atenta a esta realidade, inovou em três pontos, com vistas a tornar o sistema jurídico brasileiro mais apto a lidar com essas questões. O primeiro ponto foi a possibilidade de incorporação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico ao nível de emenda constitucional (art. 5º, § 3º da Constituição Federal) – mediante quórum qualificado para a sua aprovação – e não lei ordinária federal (cf. art. 102, III, ‘b’, da Constituição Federal). O segundo ponto foi o incidente de deslocamento de competência, em causas relativas a graves violações de direitos humanos, para a Justiça Federal, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil (art. 107, § 5º, Constituição da República)⁸⁷⁵. Por fim, o terceiro refere-se a inclusão do § 4º ao art. 5º da Constituição, que possibilita a submissão do Brasil a Tribunal penal Internacional a cuja criação tenha dado adesão.

No âmbito jurisprudencial, a decisão mais significativa a esse respeito foi o Recurso Extraordinário 466.343/DF, que, em síntese, tratou da (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel, em razão de tratado internacional de direito humano, a saber, o *Pacto de São José da Costa Rica* (*Convenção Americana de Direitos Humanos*). A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo

⁸⁷⁵ “Art. 107, § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”; por outro lado, o Pacto de São José, em seu art. 7º, § 7º, possibilita a prisão civil apenas do inadimplente com obrigações alimentares, *verbis*: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Tal conflito foi colocado em tela ante a possibilidade conferida por norma infraconstitucional da prisão do depositário infiel (art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, com a redação introduzida pela Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, e, ainda, art. 652 do Código Civil de 2002).

A questão poderia ter sido resolvida a partir do tradicional cânone hermenêutico da *lex posterior derogat prior*, pois o Pacto de São José foi ratificado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, e, uma vez que os tratados de direito internacional possuem hierarquia de norma ordinária federal no sistema brasileiro, restaria a norma infraconstitucional autorizadora da prisão civil do depositário infiel derogada. Nada obstante, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, trouxe uma importante visão sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e chamou a atenção do STF para a complexidade da questão, que passou a debatê-la. Tendo em vista a extensão dos votos, que totalizam 225 páginas, trataremos apenas dos pontos mais significativos.

Inicialmente, o Min. Gilmar Mendes salientou quatro possibilidades de se pensar a relação hierárquica entre a constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, a saber, que os últimos teriam a) natureza

supraconstitucional⁸⁷⁶; b) caráter constitucional⁸⁷⁷; c) status de lei ordinária; e d) hierarquia *supralegal*, ou seja, acima das leis ordinárias mas abaixo da constituição.

Em relação à primeira tese, entende MENDES como sendo de difícil aplicação nos países que consagram a supremacia da constituição, como é o caso do Brasil, impossibilitando o controle constitucional dessa espécie de tratado, e ressalva que, em crítica que também compreende a segunda tese, apesar da convergência dos valores protegidos no âmbito internacional e da Constituição da República, a fluidez da expressão *direitos humanos* poderia acabar por criar uma via de produção normativa isenta de controle, com o risco de “normatizações camufladas”⁸⁷⁸.

Apesar de louvar a segunda corrente, MENDES entende ela perde a sua força diante inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição da República, com a Emenda Constitucional n. 45, criando mecanismo específico para a recepção de tratados internacionais de direitos humanos sob a forma de emenda à constituição,

⁸⁷⁶ Defensores dessa corrente são Celso D. de Albuquerque Melo, Germán J. Bidart Campos, Augustín Gordillo, Hildebrando Alcciolý, entre outros. V. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26; BIDART CAMPOS, German J.. Teoría General de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Astrea; 1991, p. 353; *apud*, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343/DF*. Recorrente: Banco Bradesco S/A; Recorrido: Luciano Cardoso Santos, 03 de dezembro de 2012, p. 1137-8, disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>, consultado em 20 de novembro de 2013; GORDILLO, Augustín. *Derechos Humanos, Doctrina, Casos y Materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1990, p. II-3-5; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 5-6.

⁸⁷⁷ São partidários dessa corrente Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, entre outros. V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 486; PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, cit.*, p. 103.

⁸⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1139-40.

ao mesmo tempo em que ressalta a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, e acena para a insustentabilidade da tese da legalidade ordinária destes⁸⁷⁹.

MENDES fundamenta a adoção da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos apontando a necessidade de abertura do Estado para o plano internacional, bem como dispositivos da Constituição da República que já apontam para este caminho. Além disso, examina as constituições sul-americanas, como a do Paraguai e da Argentina, que, a exemplo dos países europeus, inseriram conceitos de supralegalidade em seus textos fundamentais⁸⁸⁰.

E, assim, conclui:

“Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1144.

⁸⁸⁰ ““Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional”, BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1155-6.

⁸⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1154.

A consequência da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é ainda explicitada pelo jurista:

“Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante (...) Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916”⁸⁸².

O interessante, depois do voto do Min. Gilmar Mendes, foi o reexame dessa questão de fundo pelo STF, e, o que era apenas uma das fundamentações apresentadas no voto mencionado, acabou ganhando relevância. Assim, em voto-vista, o Min. Celso de Mello passou a defender a posição de que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam, na verdade, hierarquia constitucional, tendo em vista, sobretudo, o critério material de norma constitucional, e, ainda, o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição da República, acompanhando a posição do Min. Ilmar Galvão neste ponto⁸⁸³.

⁸⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF*, cit, p. 1160-1.

⁸⁸³ “ (...) certo que, no § 2º do art. 5º, se tem uma norma de caráter aberto, que dá margem ao ingresso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias provenientes dos tratados de proteção dos direitos humanos; ainda que se admita que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto, que podem adicionar novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nelas escritos, ampliando o que se costuma chamar de 'bloco de constitucionalidade', nas palavras de Canotilho ('Direito Constitucional', p. 241). São normas materialmente constitucionais, que, conquanto não se incorporem ao Texto Fundamental, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias nele consagrados, ganhando hierarquia constitucional. É a própria Constituição que assim as considera, ao

Apoiado ainda nos ensinamentos de PIOVESAN, CANÇADO TRINDADE, aqui já referidos, e, ainda, de CELSO LAFER⁸⁸⁴, entre outros, o Min. Celso de Mello

incorporar em seu texto esses direitos internacionais, refletindo, com isso, orientação adotada pelo nosso constituinte no sentido de se ajustar às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro (...) Valendo dizer que eventual mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, para pôr-se de acordo com as modernas teorias acima expostas, haverá de partir da adoção da tese de que o § 2º do art. 5º da CF elevou à categoria de normas integrantes do chamado 'bloco da Constituição' as normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte"', BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1247.

⁸⁸⁴“Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º. Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva '*ex parte civium*' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo § 3º do art. 5º. Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela '*vis directiva*' do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o '*quorum*' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. É neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido. Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de Constituição é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e

manifestou-se pela necessária superioridade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à legislação ordinária, propugnando, ainda, pela seu *status* de norma constitucional, sempre que não importar em restrição aos direitos fundamentais nela consagrados⁸⁸⁵:

“Desse modo, a relação de eventual antinomia entre os tratados internacionais em geral (que não versem o tema dos direitos humanos) e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da própria Lei Fundamental, que conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos”⁸⁸⁶.

Diante dessa posição, o Min. Gilmar Mendes deixou explícita a sua divergência, e enfatizou que, no caso da Áustria e Holanda, que entenderam como supraconstitucionais a *Convenção Européia dos Direitos Humanos*, isso se limitou a um tratado específico. Além disso, colocar tais normas no patamar constitucional criaria séria insegurança jurídica, e, assim, louvou a decisão do Congresso Nacional de adotar o procedimento previsto na Emenda Constitucional n. 45, que

ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer 'a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional'", LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 15-8, *apud* BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1235-7.

⁸⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1255.

⁸⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1260.

coloca sob seu poder de decisão o status hierárquico do tratado a ser incorporado⁸⁸⁷.

Em aditamento ao seu voto, o relator, Min. Cezar Peluso, voltou à questão central do Recurso Extraordinário, mas acabou se pronunciando, de forma inconclusiva, sobre a polêmica instaurada⁸⁸⁸, mas, em confirmação de seu voto, perfilou a tese apresentada pelo Min. Celso de Mello⁸⁸⁹. O Min. Menezes Direito, em voto-vista, acabou posicionando-se a favor da tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes⁸⁹⁰.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes, em confirmação e aditamento de voto, mostrou preocupação com a questão de em que medida os tratados internacionais de direitos humanos integrariam a compreensão de “bloco de constitucionalidade”, essencial como parâmetro de verificabilidade da constitucionalidade de normas, preocupação esta compartilhada pelo Min. Lewandowski⁸⁹¹. Estariam todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos incluso no “bloco”?

⁸⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1267.

⁸⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1277, 1282.

⁸⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1305.

⁸⁹⁰ “O que temos então é a inviabilidade de fazermos de logo uma equiparação dos atos normativos internacionais relativos aos direitos humanos diretamente ao plano constitucional. Mas, sem dúvida, como procurei alinhar antes, não é possível retornar nesse trânsito constitucional ao regime anterior da equivalência entre os tratados e as leis ordinárias”, BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1277, 1302.

⁸⁹¹ MENDES salientou, ainda, que é nesse sentido que dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ao determinar que disposições de direito interno não podem ser invocadas para descumbrir obrigações internacionais assumidas. À época, porém, o Brasil ainda não havia ratificado a Convenção, o que ocorreu, entretanto, em 2009, com o Decreto n. 7030 de 14 de dezembro de 2009. V. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343/DF, cit.*, p. 1309-11, 1324.

A questão não foi decidida de forma definitiva e, ao que tudo indica, prevalece, até o momento, já que há maior concordância dos ministros, a tese da supralegalidade dos tratados. Como ressaltou o Min. Gilmar Mendes, trata-se de uma decisão histórica, no sentido de se reafirmar a relevância dos direitos humanos. Tem o condão, ainda, de imunizar o ordenamento jurídico contra modificações arbitrárias levadas a cabo pelo legislador ordinário, o que decerto aumentaria a probabilidade da prática de ilícitos internacionais, com a consequente responsabilização do país.

Também está em aberto uma candente polêmica sobre a relação entre decisões conflitantes da Corte Interamericana e do Supremo Tribunal Federal, e que terá de ser resolvida. O STF julgou improcedente, por sete votos a dois, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, com a finalidade de rever o entendimento sobre a Lei da Anistia (Lei 6.683/79). A questão foi, posteriormente à decisão do STF, também decidida pela Corte Interamericana (Caso Gomes Lund vs. Brasil), e a decisão da corte foi no sentido diametralmente oposto, responsabilizando o Brasil e, *inter alia*, determinando a apuração e responsabilização dos agentes políticos que cometeram crimes⁸⁹². O que está em jogo é se, de fato, o Brasil está disposto a aprofundar e fortalecer a sua participação na comunidade americana de Estados, pois são exatamente nos momentos de adversidade, em questões politicamente sensíveis, que se pode verificar o comprometimento do país com uma causa por ele defendida.

⁸⁹² A respeito do tema, defendendo com bastante propriedade a necessidade de cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v. MEYER, Emilio Nader Peluso. Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (Tese de Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

6.3.3. EVOLUÇÃO DO SISTEMA INTERNO ATRAVÉS DO DIÁLOGO COM O EXTERNO

A responsabilidade primária pela efetivação dos direitos humanos e fundamentais incumbe a cada Estado, que dispõem dos meios mais eficiente para implementar e garanti-los, atuando as esferas supranacionais de modo subsidiário. Um importante mecanismo de aprimoramento tem se dado por meio das influências na legislação interna dos Estados. Nesse sentido, a proteção *supranacional* dos direitos humanos é definida por RESS levando-se em consideração a possibilidade de alteração dos ordenamento jurídicos internos:

“Proteção "supranacionais" direitos humanos abrange mecanismos de proteção Direitos Humanos cujas decisões interferem imediatamente no ordenamento jurídico do Estados ou, pelo menos, mediadamente, exercem coerção jurídica sobre os Estados, para que eles não possam se evadir da sua observância a longo do tempo. Isso é para o Tribunal de Justiça Europeu (como uma espécie de Tribunal Constitucional interestadual), em razão de ter ele mesmo aceitado a supremacia do direito comunitário na interpretação das decisões (substituição das legislações nacionais conflitantes) e, indiretamente, também para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em razão do mecanismo de execução efetiva através do Comité de Ministros do caso”⁸⁹³.

⁸⁹³ “‘Supranationaler’ Menschenrechtsschutz umfasst Schutzmechanismen der Menschenrechte, deren Entscheidungen in die Rechtsordnung der Staaten unmittelbar eingreifen oder wenigstens mittelbar auf die Staaten einen derartigen Rechtszwang ausüben, dass sie sich der Befolgung auf Dauer nicht entziehen können. Das ist für den EuGH (als einer Art zwischenstaatlichem Verfassungsgericht) wegen des akzeptierten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts selbst bei Auslegungsentscheidungen (Verdrängung entgegenstehenden nationalen Rechts) und mittelbar auch für den EGMR wegen des effektiven Vollstreckungsmechanismus durch das Ministerkomitee der Fall”, RESS, Georg. Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n. 64, Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004, p. 621 (Tradução livre).

A profundidade dessa novidade, segundo RESS, é capaz de provocar uma mudança inclusive na percepção do conceito de Estado (*Staatlichkeit*), na medida em que as regras de Direito Internacional – global e regional– mostram a sua obrigatoriedade, e o ambiente internacional dificilmente se deixa ser percebido como anárquico, na medida em que ordens de autoridades supranacionais são reconhecidas e efetivas. Exemplo das regras obrigatórias são o não reconhecimento da imunidade estatal em caso de grave violação de direitos humanos, a sujeição dos Estados a regras de interpretação dinâmica-evolutiva das Cortes, o reconhecimento da Convenção como *ordem pública europeia*⁸⁹⁴, possibilitando a intervenção na ordem dos Estados membros, alterando-se a faceta de bilateralidade dos tratados internacionais⁸⁹⁵.

Paradigmático, no Brasil, foi a criação da Lei 11.340/2006, batizada como Lei Maria da Penha, por retratar caso que foi objeto de condenação do Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e que retrata, no exemplo da Sra. Maria da Penha, a persistência da violência contra a mulher e a ineficácia das soluções até então adotadas pelo país⁸⁹⁶. Torna-se uma obrigação do Estado não apenas coibir o excesso, no uso de suas funções, mas, igualmente, tomar medidas proativamente para que particulares não infrinjam direitos

⁸⁹⁴ Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CASE OF BANKOVIĆ AND OTHERS vs. BELGIUM AND OTHERS (52207/99), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22099>>, consultado em 13 de junho de 2013.

⁸⁹⁵ RESS, *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, cit., *op. cit.*, p. 622.

⁸⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n. 54/01 – Caso 12.051 – Maria da Penha Fernandades; Brasil. 4 de abril de 2001, disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>, consultado em 22 de novembro de 2013.

humanos, pois estes são, igualmente, potenciais violadores⁸⁹⁷. Tal omissão ensejou a condenação do Brasil no caso “José Pereira”⁸⁹⁸.

Destaca-se, dentre os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o já citado caso do filme “A última tentação de cristo”, que levou à modificação da constituição chilena, a qual previa mecanismo de censura artística, bem como os julgamentos sobre leis de anistia, como o caso “Barrios Altos vs. Peru”⁸⁹⁹ e “Gomes Lund vs. Brasil”⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ Nesse sentido, afirmou o Min. Gilmar Mendes: “A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.410/RS – Paciente: Aldori Lima; Coator: Superior Tribunal de Justiça. 06 de março de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1851040>, DJe 27/03/2013, consultado em 22 de novembro de 2013.

⁸⁹⁸ Este foi o primeiro caso em que o Brasil optou pela solução amistosa do conflito, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a sua responsabilidade internacional, ao se omitir e não ter conseguido prevenir o trabalho escravo do reclamante e outras 60 pessoas, mesmo tendo havido denúncias de que tais práticas eram comuns na região. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório n. 95/03 – Caso 11.289 – José Pereira; Brasil. 24 de outubro de 2003, disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>, consultado em 22 de novembro de 2013.

⁸⁹⁹ Este foi a primeira vez que uma corte internacional declarou nula uma lei de auto anistia. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Peru. Sentença de 14 de março de 2001, disponível em <joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/jurisprudencia-oc-simple/38-

Na Europa não é diferente. As cortes regionais tem atuado no sentido de se aprimorar o direito interno dos países membros. Destaca-se, assim, alguns casos julgados pela corte, citados por RESS⁹⁰¹, que implicaram em mudança substancial da prática dos países, como se percebe, no âmbito dos três poderes:

Turquia vs. Incal e Turquia vs Öcalan⁹⁰²: A Corte constatou que a influencia de Juiz Militar, em processo perante a Corte de Segurança Nacional, conforme previsto constitucionalmente, não obedece aos preceitos de imparcialidade e independência. Em razão disso, a Turquia emendou a sua Constituição.

Alemanha vs. Vogt⁹⁰³: A Alemanha reconheceu a ilegalidade da conduta e fez acordo perante a Corte, além de ter mudado a sua práxis constitucional⁹⁰⁴. No caso, a República Federal da Alemanha havia demitido a professora Vogt em razão de sua participação em partido político considerado radical (DKP –

jurisprudencia/582-corte-idh-caso-barrios-altos-vs-peru-reparaciones-y-costas-sentencia-de-30-de-noviembre-de-2001-serie-c-no-87>, consultado em 22 de novembro de 2013.

⁹⁰⁰ V. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010, disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>, consultado em 22 de novembro de 2013.

⁹⁰¹ RESS, *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, cit., op. cit., p. 626-7.

⁹⁰² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Incal vs. Turkey* (41/1997/825/1031), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58197>>, consultado em 12 de junho de 2013. *CASE OF ÖCALAN vs. TURKEY* (46221/99), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022>>, consultado em 12 de junho de 2013.

⁹⁰³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Vogt vs. Germany* (17851/91), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57949>>, consultado em 12 de junho de 2013.

⁹⁰⁴ RESS, *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, cit., op. cit., p. 626.

Deutsche Kommunistische Partei), mas que não fora proibido pela Corte Constitucional.

Matthews vs. Reino Unido⁹⁰⁵: A Corte assumiu a tarefa de controlar, em certa medida, a regularidade parlamentar e eleitoral, bem como os contornos de procedimentos legislativos, nos termos do tratado comunitário, tendo em vista, ainda, o princípio democrático. Assim, interpretou a Corte o significado de Legislatura para afirmar que o Parlamento Europeu se enquadra nesse conceito, e garantir a participação na eleição pelo reclamante, morador de Gibraltar, possessão da coroa inglesa, que, segundo o reclamado, não teria tal direito.

Sovtransavto Holding vs. Ucrânia⁹⁰⁶: A Corte condenou a Ucrânia por desrespeito ao art. 6º, §1º, da *Convenção*, que estabelece o direito a um processo justo e público, com a razoável duração do processo – item último que não foi observado.

Tanja Krall vs. Alemanha: A requerente, após terminado seu curso universitário em eletrônica, viu-se impedida de ingressar no exército alemão, em quadro profissional compatível com a sua formação, em razão do Art. 12, 4, da Lei Fundamental, que veda a participação de mulheres no exército. A Corte decidiu que a Alemanha não cumpria os requisitos de igualdade de oportunidade e não-discriminação, pois não se tratava de posto de trabalho que exigisse atributos que

⁹⁰⁵CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Matthews vs. The United Kingdom* (24833/94), disponível em < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58910>>, consultado em 12 de junho de 2013.

⁹⁰⁶ CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine* (n. 48553/99), disponível em < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60634>>, consultado em 13 de junho de 2013.

apenas homens poderiam atender. Em razão disso, o país alterou o referido artigo, passando a cosntar que as mulheres não são obrigadas ao serviço militar⁹⁰⁷.

Kalanke vs. Município de Bremen: O Sr. Kalanke e uma mulher foram listados para uma promoção no serviço público, sendo ambos igualmente qualificados para o posto. Em razão de uma norma que, em caso de sub-representação feminina num determinado setor – o que significa menos de 50% de mulheres – daria promoção automática à candidata, o Sr. Kalanke foi preterido, e ingressou na Corte Européia de Direitos Humanos. A Corte julgou tal norma atentatória ao princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, e, apesar de salientar a necessidade de políticas públicas que favoreçam as condições de trabalho e concorrência às mulheres, afirmou que tal automatismo é ilegal⁹⁰⁸.

Os casos aqui selecionados, ilustrativos de modificação do direito interno por diretriz de Corte internacional, são apenas exemplificativos – a ocorrem, inclusive, independentemente da relação direta entre a ordem regional e a Estatal, apesar de que, certamente, onde existe o sistema regional, esta ser intensificada ⁹⁰⁹ . Listar todos seria um extenso trabalho, principalmente considerando a longa existência da Corte Européia e os inúmeros casos já julgados. Isso para não mencionar a adaptação do direito interno a partir dos

⁹⁰⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Tanja Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland (C-285/98), disponível em <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0285:EN:PDF>, consultado em 22 de novembro de 2013.

⁹⁰⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen (C-450/93), disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0450:DE:HTML>>, consultado em 22 de novembro de 2013.

⁹⁰⁹ Nesse sentido, NEVES se refere, exemplificativamente, a varias decisões tomadas pelos tribunais da Africa do Sul com base em jurisprudência de outros países e, especialmente, da Corte Européia de Direitos Humanos, cf. NEVES, *Transconstitucionalismo, cit.*, p. 261-2.

mecanismos globais, em sua maioria constituídos através de *peer review*, bem como o trabalho de pesquisa e promoção, que culminam em importantes congressos internacionais, que os órgãos da ONU incentivam e fomentam.

6.4. O SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – ponto chave da Revolução Francesa, admirado por KANT e HEGEL – foi proclamada nos marcos do Estado Nacional francês, que, naquele momento, incorporou e fez avançar o espírito universal, pois postulou direitos inalienáveis a todo o gênero humano. Efeito de semelhante magnitude só pode ser comparado, quiçá, com a declaração de São Francisco, em 1948. Foi, ao mesmo tempo, o resultado de um longo processo cultural, e o início de uma nova era para o direito.

A preocupação ética que subjaz ao direito e à política, assumindo o desenvolvimento dos direitos naturais na proteção integral da pessoa, fundamenta-se, sem dúvida, nos direitos humanos e fundamentais, e o aprimoramento do direito não pode ser discutido, na contemporaneidade, ignorando esses dados. Isto foi constatado em nossa tese, ao observar a centralidade da discussão, em todo o globo, sobre tais direitos nucleares, e ao examinar a proteção que vem se consolidando – com mais força no ocidente, é verdade – não apenas no nível internacional, mas igualmente no regional.

Roma die uno non aedificata est, diz o provérbio, e tampouco um sistema efetivo de proteção aos direitos humanos e fundamentais pode ser soerguido sem a paciência do conceito, nas palavras de HEGEL. E foi esse o caminho, trilhado com todos os seus percalços, que buscamos explorar, vislumbrando a sua organização dialética a formar um sistema de proteção a estes direitos – a garantir tais valores jurídicos compartilhados, e, dentre eles, a livre determinação dos povos, com seus

corolários, a soberania e a não interferência em assuntos internos. Tal foi o *modus* encontrado pela civilização para, racionalmente, se pensar as decisões referente aos complexos desafios, os cotidianos e aqueles que já despontam no horizonte, trazendo dúvida e preocupação, mas que, de qualquer modo, precisam ambos serem enfrentados com ajuda da luz da razão, ainda quando esta parece obliterar-se face as dificuldades que o porvir anuncia.

Tudo indica que está precluso o caminho de retorno da integração internacional, e a interdependência mundial aponta para a necessidade de se aprofundá-la. Há dois grandes desafios para o sistema global. O primeiro é fazer-se efetivo mais efetivo, através do aperfeiçoamento dos mecanismos tradicionalmente já utilizados, com o foco no fomento da consciência sobre os direitos humanos e fundamentais e o melhoramento das instituições, tanto globais, no caso, da ONU, como dos países membros. O segundo, trata-se de progredir na elaboração de um mecanismo capaz de impedir graves violações aos direitos humanos e fundamentais, com o apoio da comunidade internacional, de forma mais clara e transparente, a exemplo da tentativa de concretização da idéia de responsabilidade em proteger.

No âmbito regional, não há dúvida que o sistema americano de proteção aos direitos humanos e fundamentais encontra-se numa posição de vanguarda, tal qual o europeu, podendo ambas as experiências se complementarem. A África optou por trilhar caminho parecido, com originalidade, recuperando a sua tradição coletivista. A Ásia, porém, apesar de necessariamente se inserir no sistema global, parece não estar disposta a seguir tal modelo, principalmente em razão de questões culturais e políticas.

Tanto o sistema global quanto o regional se integram com o local, o Estado, formando um grande sistema universal de proteção aos direitos humanos

e fundamentais. A responsabilidade primária é do Estado, cabendo a atuação dos demais níveis apenas de modo subsidiário, sem prejuízo das ações que buscam gerar a sinergia cultural em torno de tais direitos, com caráter, portanto, mais mais pedagógico.

A lógica e a dialética hegeliana possuem a vantagem de permitir perceber a interação entre os três níveis de modo convergente, destacando-se o seu *telos*, compreendendo as contradições como parte integrante do movimento dialético, e não como oposições estanques e inconciliáveis. Pelo contrário, antes de uma “ameaça” ao Estado, os sistemas globais e regionais proporcionam o melhor desempenho de seu desiderato, corrigindo erros na sua condução, cometidos por homens, aliás, com interesses e propósitos que não se confundem com os do primeiro. No outro polo, fortalecer o Estado tampouco significa desintegrar a comunidade internacional, priorizando os interesses de uns em detrimento do coletivo, e postergando uma idealizada solução para as angústias da opressão no plano internacional, tanto por meios bélicos quanto econômicos.

Se acreditamos, com este trabalho, ter contribuído com uma proposta de compreensão da dialética do espírito objetivo, ao mesmo tempo em que se atualiza o pensamento delineado na *Filosofia do Direito* de HEGEL, especificamente no que tange ao problema da soberania externa e sua relação com o cerne do fenômeno jurídico, os direitos humanos e fundamentais, é a história, como tribunal do mundo, que julgará o presente, e quando, ao entardecer, a coruja de minerva levantar o seu vôo, poderar contemplar o crepúsculo de uma civilização, já tingida de cinza.

Referências Bibliográficas

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- ACTA PACIS WESTPHALICAE (Münster e Osnabrück respectivamente), disponível em <www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/o_1648lt-orig.pdf> e <www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/m_1648lt-orig.pdf>.
- AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. V. I-III. Trad. Pereira, J. D. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- AGOSTINHO. *The city of God*. Trad. John Healey. Edinburg: John Grant, 1909.
- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Alber, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutschinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALSTON, Phillip; GOODMAN, Rayan. *International Human Rights: Law, Politics And Morals*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ANNAN, Kofi. Two concepts of sovereignty. In: *The Economist*, 16 de setembro de 1999, disponível em <<http://www.economist.com/node/324795>>, consultado em 19 de janeiro de 2013.
- ARISTOTE. *Politique*. Trad. Jean Aubonnet. Paris: Les Belles Lettres, 1960.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1984.
- ASMIS, Elizabeth. Cicero on Natural Law and the Laws of the State. In: *Classical Antiquity* [s/l], University of California Press, v. 27, n. 1, April, p. 9, 2008, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/10.1525/ca.2008.27.1.1>>, consultado em 15 de Janeiro de 2013.
- ASTRADA, Carlos. *La Dialectica en la filosofia de Hegel*. Buenos Aires: Kairos, 1970.
- ATO CONSTITUTIVO DA UNIÃO AFRICANA. Disponível em <http://au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf>, consultado em 20 de fevereiro de 2013.
- BADESCU, Cristina Gabriela. *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Security and human rights*. New York: Routledge, 2011.

- BAMBIRRA, Felipe M.; SILVA, Nathália L. A Teoria da Constituição em Hegel: a divisão dos poderes na Filosofia do Direito. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, 2011.
- BAMBIRRA, Felipe Magalhães . A Inflexão Antropológica da Sofística nos Albores da Filosofia do Direito e do Estado. *Meritum (FUMEC)*, v. 5, pp. 77-108, 2010.
- BAMBIRRA, Felipe Magalhães. *Estado, Direito e Justiça na Aurora do Homem Ocidental*. Curitiba: CRV, 2013.
- BAMBIRRA, Felipe Magalhães. Filosofia da História em Hegel: A Dialética da Paixão e da Razão. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2010, disponível em <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3465.pdf>, consultado em 25 de novembro de 2013.
- BAMBIRRA, Felipe Magalhães; SILVA, Nathália L. Breve contribuição à antropologia jurídica: a constituição do humano na antropologia platônica. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Boiteux: Florianópolis, 2010, disponível em <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3913.pdf>, consultado em 25 de novembro de 2013.
- BARBIER, Maurice. La Notion de Jus Gentium Chez Vitoria. *In : Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, Genève : Droz, t. 69, n. 1, 2007, p. 14, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20681066>>, consultado em 02 de maio de 2013.
- BARNER, Wildried; DEKTEN; Anke; WESCHE, Jörg (Org.). *Texte zur modernen Mythentheorie*. Stuttgart: Reclam, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* . São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.
- BELLAMY, Alex J. *Global Politics and the Responsibility to Protect: from words to deeds*. New York: Routledge, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BERGER, Christian; DEGENHART; GEIGER, Rudolf; et al (Org). *Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

- BERNHARDT, Rudolf. Ungeschriebenes Völkerrecht. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*: Heidelberg Journal of International Law, n. 36, Heidelberg, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1976.
- BERTRAM, Georg W. Hegel und die Frage der Intersubjektivität: Die Phänomenologie des Geistes als Explikation der sozialen Strukturen der Rationalität. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlin 56 (2008) 6.
- BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BEUCHOT, Mauricio. El fundamento de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga: Revista Brasileira de Filosofia, t. 52, Fasc. 1/4, Jan. - Dec., 1996, p. 90, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40419409>>, consultado em 02 de maio de 2013.
- BÍBLIA SAGRADA; tradução na linguagem de hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988.
- BIERRENBACH, Ana Maria. *O conceito de responsabilidade de proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*. Paris: Jacques du Puis, 1583.
- BOGDANDY, Armin von. Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik. In: *Juristen Zeitung*, 60. Jahrg., Nr. 11, Mohr Siebeck, (3. Juni 2005), pp. 529-540, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20827799>>, consultado em 07 de fevereiro de 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial; a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOURGEOIS, Bernard. *Le vocabulaire de Georg Wilhelm Friedrich Hegel*. Paris : Ellipses, 2000.

- BRANDOM, Robert. *Reason in philosophy: animating ideas*. Belknap Press: Cambridge, 2009.
- BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.
- BRASIL. Decreto Legislativo 30.544, de 14 de fevereiro de 1954.
- BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.
- BRASIL. Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.
- BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45; Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>, consultado em 26 de novembro de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.410/RS – Paciente: Aldori Lima; Coator: Superior Tribunal de Justiça. 06 de março de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1851040>, DJe 27/03/2013, consultado em 22 de novembro de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/DF. Recorrente: Banco Bradesco S/A; Recorrido: Luciano Cardoso Santos, 03 de dezembro de 2012, p. 1137-8, disponível em <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>, consultado em 20 de novembro de 2013.
- BRISSON, Luc. *Platon les mots et les mythes; Comment et pourquoi Platon nomma Le mythe?* Paris: Éditions La Découverte, 1994.
- BROCHADO, Mariah A. Ferreira. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- BROCHADO, Mariah A. Ferreira. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLET, Alain; WITTICH, Stepahn. *International Law between Universalism and Fragmentation* Festschrift in Honour of Gerhard Hafner. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.
- BURGESS, J. Peter. *Dialektischer Kosmopolitismus*. *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, H. 2, ano 13, pp. 255-260, Dezembro, 2006.

- CALDEIRA BRANT, Leonardo Nemer. Terrorismo Internacional: a guerra preventiva e a desconstrução do Direito Internacional. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 90, p. 199-237, jul-dez, 2004.
- CALVERT, Brian. Slavery in Plato's Republic. *In: The Classical Quarterly, New Series*, V. 37, N. 2, Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- CAPDEVILLA, Nestor. Empire et souveraineté populaire chez Marsile de Padoue. *Astérion*, [s/l], ENS, n. 7, 2010, disponível em <<http://asterion.revues.org/1666>>, consultado em 15 de outubro de 2012.
- CARDOSO, Delmar. *A alma como centro do filosofar de Platão: uma leitura concêntrica do Fedro à luz da interpretação de Franco Trabattoni*. São Paulo: Loyola, 2006.
- CASSESE, Antonio (Org.). *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- CASSIN, Barbara. *O Efeito Sofístico: sofística, filosofia, retórica, literatura*. Trad. Ana Lúcia de Oliveira, Maria Cristina Franco Ferraz e Paulo Pinheiro. São Paulo: editora 34, 2005.
- CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o Homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Trad. Tomas Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- CELORIO, Felipe Celorio. *Derecho natural y positivo: origen y evolución histórico-jurídica*. Ciudad del México: Porruá, 2005.
- CICERO, Marcus Tullius. *De re publica*. Latim/Alemão. Trad. Karl Büchner. Stuttgart: Reclam, 1979.
- CICERO, Marcus Tullius. *Las Leyes – edição bilingüe*. Trad. Roger Labrousse. Madrid: Universidad de Puerto Rico, 1956.
- CLARK, Barry S.; ELLIOT, John E. John Stuart Mill's Theory Of Justice. *In: Review of Social Economy*, v. 59, n. 4, Dec. 2001, pp. 467-90, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/29770132>>, consultado em 22 de março de 2013.
- COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Direito, Filosofia e a Humanidade como Tarefa*. São Paulo, 2009 (Tese de Livre Docência apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).
- CONRAD, Sebastian; RANDERIA, Shalini. *Jenseits des Eurozentrismus: Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Frankfurt: Campus Verlag, 2002.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, disponível em <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>, consultado em 05 de dezembro de 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Documento CDL-Ju(2013)001. VOßKUHLE, Andres. *Der Schutz der Menschenrechte im Europäischen Gerichtsverbund*, Veneza, Itália, 9 de março de 2013, disponível em <[www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU\(2013\)001-ger](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2013)001-ger)>, consultado em 19 de novembro de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Banković and others vs. Belgium and others* (52207/99), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22099>>, consultado em 13 de junho de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Incal vs. Turkey* (41/1997/825/1031), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58197>>, consultado em 12 de junho de 2013. *CASE OF ÖCALAN vs. TURKEY* (46221/99), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022>>, consultado em 12 de junho de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen* (C-450/93), disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0450:DE:HTML>>, consultado em 22 de novembro de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Matthews vs. The United Kingdom* (24833/94), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58910>>, consultado em 12 de junho de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine* (n. 48553/99), disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60634>>, consultado em 13 de junho de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Tanja Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland* (C-285/98), disponível em <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0285:EN:PDF>, consultado em 22 de novembro de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Vogt vs. Germany* (17851/91), disponível em <

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57949>>, consultado em 12 de junho de 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Al-Adsani v. Inglaterra* (aplicação n. 35763/97), sentença de 21 de novembro de 2001, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709>>, consultado em 26 de fevereiro de 2013, § 61.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides v. Peru*, Sentença de 18 de agosto de 2000, § 95-6, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf >, consultada em 26 de fevereiro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Goiburú e outros v. Paraguai*, Sentença de 22 de setembro de 2006, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>, consultada em 26 de fevereiro de 2013, §131.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, Sentença de 4 de julho de 2006 (voto separado do Min. Antônio Augusto Cançado Trindade), § 38, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>, consultado em 26 de fevereiro de 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, §§ 161, 462.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, § 64.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment, I. C.J. Reports, 3 de junho de 1985, Lista Geral n. 68, p. 13, § 27.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CROXTON, Derek. The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty. In: *The International History Review*, [s/l], Taylor & Francis, v. 21, n. 3, set., 1999, p. 569, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40109077>>, consultado em 21 de janeiro de 2013.

- CUFFEL, Victoria. The Classical Greek Concept of Slavery. *In: Journal of the History of Ideas*, v. 27, n. 3, Jul.-Set., 1966.
- DE LOS RIOS, Fernando. Francisco de Vitoria and the International Community. *In: Social Research*, New York: New School, v. 14, n. 4, December, 1947, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40982185>>, consultado em 03 de maio de 2013.
- DE SMET, François. *Le mythe de la souveraineté: Du Corps au Contrat social*. Bruxelles: EME, 2011.
- DEDERER, Hans-Georg. Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums. *In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2006.
- DELGADO, Mariano. Bartolomé de Las Casas y las culturas amerindias. *In: Anthropos*, [S/l]: Anthropos Institute, Bd. 102, H. 1., 2007, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40466791>>, consultado em 02 de maio de 2013.
- DEPENHEUER, Otto (Org.). *Recht und Lüge*. Münster: Lit Verlag, 2005.
- DEPENHEUER, Otto (Org.). *Erzählung vom Staat: Ideen als Grundlage von Staatlichkeit*. Wiesbaden: Vs, 2011.
- DEPENHEUER, Otto (Org.). *Mythos als Schicksal: was konstituiert die Verfassung?* Wiesbaden: Vs Verlag für Sozialwissenschaften, 2009.
- DEPENHEUER, Otto. Menschenrechtliche Universalität in kultureller Pluralität. *In: Festschrift für Ali Ülkü Azrak*. Istanbul: [s.n], 2008.
- DEPENHEUER, Otto. Zählen statt Urteilen: die Auflösung der Urteilskraft in die Zahlengläubigkeit. *Sächsische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*, Leipzig: Richard Boorberg, August, 2010.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa fé objetiva e irretoratividade como limitações constitucionais no poder judicial de tributar*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- DESCARTES, Rene. *Discours de la Methode: pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*. Paris: Librairie de L. Hachette, 1856.
- DESIERTO, Diane A. Universalizing Core Human Rights in the "New" ASEAN: A Reassessment of Culture and Development Justifications Against the Global Rejection of Impunity. *Göttingen Journal of International Law* n. 1, pp. 77-114, 2009.

- DIELS, Hermann. *Die Fragmente der Vorsokratiker: Griechisch und Deutsch*. 10. ed. Berlin: Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 1960.
- DINIZ, Arthur. A Fúria de um Mundo Agonizante. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 90, p. 7-31, jul-dez, 2004.
- DOS SANTOS, Theotonio (Org.). *Globalização, Dimensões e Alternativas: hegemonia e contra-hegemonia*, v. 2. São Paulo: Loyola, 2004.
- DUQUETTE, David (Org.). *Hegel's History of philosophy: new interpretations*. New York: State University of New York Press, 2003.
- DURCHHARDT, Heinz. Westfälischer Friede und internationales system im Ancien Régime. In: *Historische Zeitschrift*, [s/l], Oldenbourg Wissenschaftsverlag, v. 249, n. 3, Dec., 1989, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27626881>>, consultado em 22 de janeiro de 2013.
- DUSSEL, Enrique. Origen de la filosofía política moderna: Las Casas, Vitoria y Suárez (1514-1617). In: *Caribbean Studies*, Porto Rico: Institute of Caribbean Studies – UPR, v. 33, n. 2, Jul. - Dec., 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- EKARDT, Felix; LESSMANN, Verena. *EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem*. Kritische Justiz, Baden-Baden, Nomos, v. 3, 2006.
- EPPING, Volker. *Grundrechte*. 5. ed. Heidelberg: Springer, 2012.
- EVANS, Gareth. From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect. In: *Wisconsin International Law Journal*, v. 24, n. 3, 2006.
- FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. 3. ed. V. 1. Madrid: Pirámide, 1966.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A ciencia do direito*. 2. ed. Sao Paulo: Atlas, 2006.
- FERREIRA, Bernardo. *O risco do Político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- FRANCO DE SÁ, Alexandre. Decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o Conceito de Soberania. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, [s/l], Revista Portuguesa de Filosofia, v. 59, n. 1, jan. - mar., 2003, p. 98 et seq, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40337882>>, consultado em 28 de janeiro de 2013.
- FRIED, Johanes. Über den Universalismus der Freiheit im Mittelalter. In: *Historische Zeitschrift*, Bd. 240, H. 2, Apr., 1985, pp. 313-361, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27624491>>, consultado em 02 de Maio de 2013.

- FRIED, Johannes. Über den Universalismus der Freiheit im Mittelalter. In: *Historische Zeitschrift*, Bd. 240, H. 2, Apr., 1985, pp. 313-361, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27624491>>, consultado em 02 de Maio de 2013.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- FURLAN, Fernando de Magalhães. *Supranacionalidade nas associações de Estados: repensando a soberania*. Curitiba: Juruá, 2008.
- G.W.F., HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts; oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*. Stuttgart: Reclam, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hegel's Dialectic: Five hermeneutical Studies*. Trad. Christopher Smith. London : Yale University Press, 1976.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. ed. V. I. Tübingen: Mohr, 1990.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 143, p. 191-210, jul.-set. 1999.
- GAUTHIER, David P. *The Logic of Leviathan: The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes*. New York: Oxford University Press, 1969.
- GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de Validade do Direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- GOMES, Luis Fávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2002.
- GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos, Doctrina, Casos y Materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1990.
- GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg. *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- GRAWERT, Rolf. Homogenität, Identität, Souveränität: Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik. *Der Staat*, n. 51, 2, Baden-Baden: Nomos, pp. 189-213, 2012.
- GROETHUYSEN, Bernard. *Antropologia Filosófica*. Trad. Lurdes Jacob e Jorge Ramalho. Lisboa: Presença, 1953.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

- GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUTHRIE, W. K. C. *Os Sofistas*. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HARF, Barbara. No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955. In: *The American Political Science Review*, [s.l.]: American Political Science Association, v. 97, n. 1, fev., 2003, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3118221>>, consultado em 18 de fevereiro de 2013.
- HARTMAN, S. Robert. Introdução, in: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na História: uma introdução geral à filosofia da história*. Trad. Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HEGEL, G. W. F. *Introdução à História da Filosofia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1991.
- HEGEL, G. W. F. *Wissenschaft der Logik*. V. 4 (Vollständige Ausgabe), Berlim: Duncker und Humblot, 1834.
- HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (em compêndio: 1830). V. I. Trad. Paulo Meneses. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- HEGEL, G.W.F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (em compêndio: 1830). V. III. Trad. Paulo Meneses. São Paulo: Loyola, 1995.
- HEGEL, G.W.F. *Filosofia do Direito*. Trad. Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *Die Grundbegriffe der Antiken Philosophie*. Gesamtausgabe, Band 22. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.
- HEIDEGGER, Martin. *Die Grundbegriffe der Metaphysik: Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*. Gesamtausgabe, Band 29/30. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HIGGINS, Rosalyn. Human Rights in the International Court of Justice. *In: Leiden Journal of International Law*, n. 20, 2007, pp. 745-751, disponível em <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=1441800>>, consultado em 9 de novembro de 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviathan; or the matter, form and power of a commonwealth, ecclesiastical and civil*. 2. ed., London: George Routledge, 1886.

HOBBS, Thomas. *Philosophical Rudiments concerning Government and Society. The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. V. 2. [S/l]: Scientia Aalen, 1962.

HOBBSBAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried. Grundaussagen über den Menschen. *In: Zeitschrift für philosophische Forschung*, Bd. 30, H. 2, Apr. - Jun, pp. 227-245, [s/l]: Vittorio Klostermann, 1976.

HONNET, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialektik der Aufklärung: philosophische Fragmente*. 19. ed. Frankfurt am Main: S. Fischer, 2010.

HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *In: Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 233, 2009, p. 235-7.

HUGO, Carl Gustav. *Lehrbuch des Naturrechts als einer philosophie des positiven Rechts*. 4. ed. Berlin: August Mylius, 1819.

HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações; e a recomposição da ordem mundial*. Trad. M. H. C. Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997.

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS). *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Ottawa: International Development Research Centre, 2001, disponível em <<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>>, consultado em 19 de fevereiro de 2013.

INWOOD, M-J. *Hegel; the argument of the philosophers*. London: Routledge & Kegan Paul, 1983.

IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II: Grundrechte*. 13 ed. München: Franz Vahlen, 2010.

- IZA, Alejandro O. *Unión Europea: ¿Paradigma de integración?* 1. ed. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2004.
- JAEGER, Werner. *Alabanza de la Ley: los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Trad. A. Truyol y Serra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. Trad. Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 80-3.
- JÄGER, T; BECKMANN, R (Org.). *Handbuch Kriegstheorien*. Würzburg: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2011.
- JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- JELLINEK, Georg. *Allgemein Staatslehre*. 3. Ed. Berlin: von Häring, 1914.
- JUNG, Katja. *Volk – Staat – (Welt-) Gessellschaft: Zur Konstruktion und Rekonstruktion von Kollektivität in einer globalisierten Welt*. Wiesbaden: Vs Verlag, 2010.
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2011.
- KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 2011.
- KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: Reclam, 2010.
- KANT, Immanuel. *Kritik der Urteilskraft*. Stuttgart: Reclam, 2011.
- KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*. Stuttgart: Reclam, 2010.
- KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Olivera. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization. In: *The Yale Law Journal*, [s/l], The Yale Law Journal Company, v.. 53, n. 2, Mar., 1944, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/792798>>, consultado em 30 de janeiro de 2013.
- KERFERD, George Br. *Le Mouvement Sophistique*. Trad. Alonso Tordesillas et Didier Bigou. Paris : Vrin, 1999.

- KERSTING, Wolfgang (Org.). *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates – Klassiker Auslegung*. 2. ed. Berlin: Akademie Verlag, 2008.
- KERVÉGAN, Jean-François. Carl Schmitt et 'l'unité du monde'. In: *Les Études philosophiques*, Paris, Presses Universitaires de France, n. 1, Jan., 2004, p. 4-6, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20849580>>, consultado em 28 de janeiro de 2013.
- KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*. Trad. Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Loyola, 2008.
- KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*. Trad. Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Loyola, 2008.
- KRABBE, Hugo. *Die Moderne Staats-Idee*. 2. ed. Haag: Martinus Nijhoff, 1919.
- LABAND, Paul. *Deutsches Reichsstaatsrecht*. Tübingen: Mohr, 1919.
- LABARRIÈRE, P.-J. *Introduction à une lecture de la Phénoménologie de l'esprit*. Paris : Aubier, 1979.
- LABARRIÈRE, Pierre-Jean; JARCZYK, Gwendoline. *Le syllogisme du pouvoir – y a-t-il une démocratie hegelienne ?* Paris : Aubier, 1989.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEBRUN, Gérard. *La patience du Concept: Essai sur le discours Hégélien*. Paris: Gallimard, 1992.
- LEGRAND, Gérard. *Os Pré-Socráticos*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- LEVENE, Mark. Why Is the Twentieth Century the Century of Genocide? In: *Journal of World History*, [s.l.]: University of Hawai'i Press, v. 11, n. 2, 2000, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20078852>>, consultado em 18 de fevereiro de 2013.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Antropologia Filosófica*. V. I. São Paulo: Loyola, 1991.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia IV: Introdução à Ética Filosófica* 1. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2002.

- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia V – Introdução à Ética Filosófica 2*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de Filosofia VII: Raízes da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 2002.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética & Direito*. São Paulo: Loyola, 2002.
- LIMNATIS, Nectarius G. *The Dimensions of Hegel's Dialectic*. London : Continuum, 2010.
- LINCON; Bruce. Gendered Discourses: The Early History of "Mythos" and "Logos". In: *History of Religions*, V. 36, N. 1, Aug. 1996, [S/L]: University of Chicago Press (Aug., 1996), p. 1-12, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3176470>>, consultado em 10 de Janeiro de 2013.
- LOSANO, Mário. *Os Grandes Sistemas Jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUC, Laurent-Paul. La théorie hégélienne du savoir. *Philosophiques*, Quebec, Societé de Philosophie du Quebec, v. 7, n. 1, 1980, p. 62, disponível em <<http://id.erudit.org/iderudit/203131ar>>, consultado em 08 de janeiro de 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 4. ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000.
- MADSEN, Mikael Rask. Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics. In: *Law & Social Inquiry*, v. 32, n. 1, Winter, 2007.
- MAGALHAES, Juliana Neuenschwander. *História Semântica do conceito de soberania: o paradoxo da soberania popular*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2000 (Tese de doutorado em Direito).
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. In: *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 2, n. 2, mar. 1998.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 9. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- MARITAIN, Jacques. The Concept of Sovereignty. *The American Political Science Review*, [s/l], American Political Science Association, v. 44, n. 2, Jun., 1950, p. 344, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1950275>>, consultado em 17 de janeiro de 2013.

MARTENS, Paul; BOSSUYT, Marc; COURTOY et al (Org.). *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Mechel Melchior*. Limal : Anthemis, 2012.

MARY, Margaret. Slavery in the Writings of St. Augustine. In: *The Classical Journal*, [s/l]: The Classical Association of the Middle West and South, V. 49, n. 8, Maio, 1954, disponível em < <http://www.jstor.org/stable/3292914>>, consultado em 01 de maio de 2013.

MATA-MACHADO. Edgar de Godoi da. *Contribuição ao Personalismo Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. *O Estoicismo Imperial como Momento da Idéia de Justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stoá em Roma*. Tese de Doutorado em Direito. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2009.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introduccion al estudio del derecho*. 7. Ed.. Mexico: Editorial Porrúa, 1956.

MAYOS, Gonçal. Modernidad y Racionalidad. Razón Geométrica y Razón Dialéctica. *Convivium*, Barcelona, Universitat de Barcelona, n. 18, p. 47-72, 2005, disponível em <www.ub.edu/histofilosofia/gmayos/PDF/ModernidadeRacionalidade.pdf>, consultado em 25 de novembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

MENZEL, Ulrich. *Zwischen Idealismus und Realismus: die Lehre von den Internationalen Beziehungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

MEYER, Emilio Nader Peluso. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (Tese de Doutorado em Direito)*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.

MILLET, Paul. Aristotle and Slavery in Athens. In: *Greece & Rome: Second Series*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 54, n. 2, out. 2007.

MIRKINE GUETZÉVITCH, Boris. Quelques Remarques sur les Déclarations des Droits Américaines et Françaises. In: *Nouvelle Série*, Paris, Presses universitaires de France, n. 1/2, ano 7, Jan-Jun., 1952, disponível em

<<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/20841447.pdf>>, consultado em 07 de março de 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*; O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *O Nascimento da Tragédia no Espírito da Música*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *2005 World Summit Outcome*, 60/1, disponível em <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf>>, consultado em 20 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *9th Report of the International Criminal Court – UN Document A/68/314*, disponível em <www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/9th-report/N1342653.pdf>, consultado em 08 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A more secure world: Our shared responsibility; Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*. [S. l.]: United Nations, 2004, disponível em <<http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>>, consultado em 20 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Early warning, assessment and the responsibility to protect*, A/64/864, disponível em <<http://www.responsibilitytoprotect.org/N1045020%281%29.pdf>>, consultado em 21 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Implementing the Responsibility to Protect*, A/63/677, disponível em <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989924d2.html>>, consultado em 21 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General*, A/66/551–S/2011/701, disponível em <<http://www.un.int/brazil/speech/Concept-Paper-%20RwP.pdf>>, consultado em 25 de janeiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Responsibility to protect: timely and decisive response*, A/66/874 – S/2012/578, disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/874>, consultado em 25 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. *Unity for Peace*, A/377, <<http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/ares377e.pdf>>, consultado em 25 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE SEGURANÇA. *Resolução n. 1199*, de 23 de setembro de 1998, disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1199%281998%29>, consultada em 19 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE SEGURANÇA. *Resolução n. 1674*, disponível em <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674%282006%29>, consultado em 21 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1987, disponível em <treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201465/v1465.pdf>, consultado em 08 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Global Overview 2011: people internally displaced by conflict and violence*. Genebra: Internal Displacement Monitoring Center, 2011, p. 13-4, disponível em <<http://www.unhcr.org/50f95f7a9.html>>, consultado em 19 de fevereiro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/60/251*, disponível em <<http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/60/251>>, consultado em 09 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/HCR/Res/5/1*, disponível em <ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>, consultado em 9 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/HCR/Res/5/2*, disponível em <ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_2.doc>, consultado em 9 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document A/HRC/14/24; A/HRC/14/24/Add.4; A/HRC/WG.6/13/BRA/2*, disponíveis em

<<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BRSession13.aspx>>, consultado em 9 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document E/2447 – E/CN.4/689*, 6 de junho de 1953, p. 73, disponível em <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/689>, consultado em 08 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *UN Document E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7 (1977)*, disponível em < <http://daccess-ods.un.org/TMP/9714531.30245209.html>>, consultado em 08 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Vienna Declaration and Programme Of Action*, A/CONF.157/23, 12 de julho de 1993, disponível em < <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.conf.157.23.en>>, consultado em 7 de outubro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n. 54/01 – Caso 12.051 – Maria da Penha Fernandades; Brasil*. 4 de abril de 2001, disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>, consultado em 22 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n. 95/03 – Caso 11.289 – José Pereira; Brasil*. 24 de outubro de 2003, disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>, consultado em 22 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001, disponível em <joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/jurisprudencia-oc-simple/38-jurisprudencia/582-corte-idh-caso-barrios-altos-vs-peru-reparaciones-y-costas-sentencia-de-30-de-noviembre-de-2001-serie-c-no-87>, consultado em 22 de novembro de 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010, disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>, consultado em 22 de novembro de 2013.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Por une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2010.

OTT, Auguste. *Hegel et la Philosophie Allemande; ou exposé et examen critique des principaux systèmes de la Philosophie Allemande depuis Kant, et Specialement de celui de Hegel*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1984.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução P6_TA(2007)0342, de 12 de julho de 2007 sobre Dafur. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0342+0+DOC+XML+V0//EN>>, consultado em 26 de fevereiro de 2013.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução P6_TA-PROV(2007)0052, de 15 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0052+0+DOC+XML+V0//EN>>, consultado em 26 de fevereiro de 2013.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*. Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht – Humboldt-Universität zu Berlin – WHI – Paper 7/04, março de 2004, disponível em <www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0704.pdf>, consultado em 02 de dezembro de 2013.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *O Idealismo Alemão no Culturalismo Jurídico de Miguel Reale*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2009 (Tese de doutorado em Direito).

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humanos-Fundamentais como (In)variáveis Principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: FARIAS, José Fernando de Castro; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; OLIVEIRA JR., José Alcebiades. *Atas do XXI Congresso Nacional de Direito*. Florianópolis : FUNJAB, 2012, disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=92>>, consultado em 24 de outubro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Mundial: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- PIPPIN, Robert. *Die Verwirklichung der Freiheit: der Idealismus als Diskurs der Moderne*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2005.
- PIPPIN, Robert. *Hegel on Self-Consciousness: Desire and Death in the Phenomenology of Spirit*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- PIPPIN, Robert. *Hegel's Practical Philosophy: Rational Agency as Ethical Life*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- PIPPIN, Robert. *Hegel's Idealism: The Satisfactions of Self-Consciousness*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- PLANTY-BONJOUR. Le Droit Naturel selon Aristote et les Déclarations des Droits de l'Homme. In: *Les Études philosophiques*, [s/l], Presses Universitaires de France. 2, Les Droits de l'homme, Abr. – Jun., 1986, p. 145-6, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20848221>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.
- PLATÃO. *A República*. Trad. J. Guinsburg. V. II. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1953.
- PLATÃO. Fedro, in: Diálogos; Mênon – Banquete – Fedro. Trad. Jorge Paleikat. [s/l]: Tecnoprint, [s/d].
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Elementos para um conceito jurídico de império*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2007 (Tese de Doutorado em Direito), disponível em <repositorio.unb.br/bitstream/10482/.../Tese_RonaldoRebeloBPoletti.pdf>, consultada em 04 de dezembro de 2013.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Soberania e Império na Ordem Jurídica Internacional, *Notícia do Direito Brasileiro*, n. 11, Brasília, jan-jun, 2005.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.
- QUARITSCH, Helmut. Bodins Souveränität und das Völkerrecht. In: *Archiv des Völkerrechts*, [s/l], Mohr Siebeck, v. 17, n. 3-4, 1978, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40797733>>, consultado em 17 de janeiro de 2013.
- RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 3. ed. Leipzig: Quelle & Meyer, 1932.
- RAMOS, Marcelo Maciel. *A invenção do Direito pelo Ocidente: Uma Investigação face à Experiência Normativa da China*. Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Direito, 2011 (Tese de Doutorado em Direito).
- RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do ocidente*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG [Dissertação de mestrado em Direito], 2007.

- RAUMER, Kurt von. Westfälischer Friede. *Historische Zeitschrift*, [s/l]. In: *Oldenbourg Wissenschaftsverlag*, v. 195, n. 3, dec., 1962, p. 596-613, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/27613363>>, consultado em 22 de janeiro de 2013.
- RAWLS, John. *The law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- REALE, Giovanni. *Corpo, alma e saúde; o conceito de homem de Homero a Platão*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Paulos, 2002.
- REALE, Miguel. *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*. São Paulo: Senac, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho*. 1. Ed. São Paulo: LTr, 2010.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Corte Constitucional. BVerfGE, 37, 271, disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>>, consultado em 13 de novembro de 2013.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Corte Constitucional. BVerfG, 2 BvL, 1/97, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/l20000607_2bvl000197.html>, consultado em 13 de novembro de 2013.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Corte Constitucional. BVerfG, 2 BvR 2365/09, de 4 de maio de 2011, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html>, consultado em 19 de novembro de 2013.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Corte Constitucional. BVerfGE, 73, 339, disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>>, consultado em 13 de novembro de 2013.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. Corte Constitucional. VerfG, 2 BvR 1481/04, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html>, consultado em 09.02.2013.
- RESS, Georg. Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.

64, Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004.

RISCAL, Sandra. *O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das idéias da administração pública, governo e Estado no século XVI*. Campinas: UNICAMP, 2001 (Tese de Doutorado).

ROMANI, Carlos Fernandez de Casadevante. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 4. ed. Madrid: Dilex, 2012.

ROSENZWEIG, Franz. *Hegel e o Estado*. Trad. Ricardo Timm de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ROSIVACH, Vincent, J. Enslaving "Barbaroi" and the Athenian Ideology of Slavery. In: *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, [s/l], Franz Steiner, bd. 48, h. 2, mai. – ago., 1999, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4436537>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.

ROUSSEAU, J. J. *Du Contrat Social; ou principes du Droit Politique*. Amsterdam: Marc Michel Reys, 1763.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Notas de aula dos Seminários Hegelianos*, desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 2008 a 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Aparecimento do Estado na 'Fenomenologia do Espírito' de Hegel. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. 24, n. 17, out. 1976.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges. *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SANTOS, José Henrique. *O Trabalho do Negativo: Ensaio sobre a Fenomenologia do Espírito*. São Paulo: Loyola, 2007.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35-6.
- SAURUGGER, Sabine. *Théories et concepts de l'intégration européenne*. Paris: Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2009.
- SCHILLING, Heinz. Der Westfälische Friede und das neuzeitliche Profil Europas. In: *Historische Zeitschrift: Der Westfälische Friede: Diplomatie – politische Zäsur – kulturelles Umfeld – Rezeptionsgeschichte*, [s/l], Oldenbourg Wissenschaftsverlag, Beihefte, New Series, v. 26, 1998, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/20523004>>, consultado em 22 de janeiro de 2013.
- SCHLEIFER, Robert. Greek Theories of Slavery from Homer to Aristotle. In: *Harvard Studies in Classical Philology*, [s/l], Departamento of the Classics, v. 47, 1936, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/310574>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.
- SCHMEER, Elis. *Responsibility to Protect und Wandel von Souveränität: Untersucht am Fallbeispiel des Krieges in Dafur*. Berlim: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010.
- SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. München: Duncker & Humblot, 1932.
- SCHMITT, Carl. *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*. München: Duncker & Humblot, 1938.
- SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Trad. Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 8. Ed. Berlim : Duncker & Humblot, 1934.
- SHAW, Malcom. *International Law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.
- SHEPARD, Max Adams. Sovereignty at the Crossroads: A Study of Bodin. *Political Science Quarterly*, [s/l], The Academy of Political Sciences, v. 45, b. 4, pp. 580-603, Dec., 1930, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2143282>>, consultado em 26 de abril de 2012.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- SORELL, Tom; FOISNEAU, Luc (Org.). *Leviathan after 350 Years*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

SPRUTE, Jürgen. Rechts- und Staatsphilosophie bei Cicero. In: *Phronesis*, [s/l], Brill, v. 28, n. 2, p. 1983, p. 166-8, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4182171>>, consultado em 15 de Janeiro de 2013.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STARCK, Christian (Org.). *Kann es heute noch "gerechte Kriege" geben?* Göttingen: Wallstein Verlag, 2008.

SUGANAMI, Hidemi. Understanding Sovereignty through Kelsen/Schmitt. In: *Review of International Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 33, n. 3, jul., 2007, p. 518, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40072190>>, consultado em 30 de janeiro de 2013.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TATE, C. Neal; VALINDER, T. (org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. *Hegel and the modern society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEROL BECERRA, Manuel. Globalización Versus Universalización Constitucional en el Mediterráneo. Propuesta Metodológica para un análisis de la diversidad. In: *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 60, 2004.

TOMAS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. Aldo Vannuchi et al. São Paulo: Loyola, 2001.

TRAITÉ DE VERSAILLES. Paris: Librairie Militaire Berger-Levrault, 1919, p. 19, disponível em <<http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>>, consultado em 06 de junho de 2013.

TRATADO DE AUGSBURG, disponível em <http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=739&url_tabelle=tab_quelle>, consultado em 21 de janeiro de 2013.

TRIEPEL, Heinrich. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Européia*, disponível em https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=direct&doc_number=000045566, consultado em 05 de dezembro de 2013.

V. ESPADA, João Carlos. O Projecto Europeu: Estará o Estado-Nação em Vias de Desaparecimento? *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 87, pp. 73-98, julho, 1998.

VERLAGE, Christopher. *Responsibility to Protect: Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

VIELLECHNER, Lars. Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts. *Der Staat*, n. 51, 4, München, Duncker & Humblot, pp. 559-580, 2012.

VILLELA, João Baptista, Em busca dos valores transculturais do Direito. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 89, Janeiro/Junho de 2004.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VLASTOS, Gregory. Does Slavery Exist in Plato's Republic? *In: Classical Philology*. V. 63, N. 4, Out., Chicago: The University of Chicago Press, 1968.

VOSGERAU, Ulrich. *Staatliche Gemeinschaft und Staatengemeinschaft: Grundgesetz und Europäische Union im internationalen öffentlichen Recht der Gegenwart*. Universität zu Köln: Habilitationsschrift, 2012.

WALLAS, Graham. Jeremy Bentham. *In: Political Science Quarterly*, v.. 38, n. 1, Mar., 1923, p. 50-1, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2142538>, consultado em 22 de março de 201.

WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A moral argument with historical illustrations*. New York: Basics Books, 1977.

WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía Del Derecho: derecho natural y justicia material*. 2. ed. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1974.

WENZEL, Matthias. *Schutzverantwortung im Völkerrecht: Zu Möglichkeiten und Grenzen der ‚Responsibility to Protect‘-Konzeption*. Hamburg: Dr. Kovac, 2010.

WINTHROP, Delba. Aristotle and Theories of Justice. *In: The American Political Science Review*, [s/l], American Political Science Association, v. 72, n. 4, Dec., 1978.

WOLF, Ursula. Über den Sinn der Aristotelische Mesoteslehre. In: *Phronesis*, [s/l], Brill, v. 33, n. 1, pp. 54-75, 1988, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4182293>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.

YACK, Bernard. Natural Right and Aristotle's Understanding of Justice. In: *Political Theory*, [s/l], Sage Publications, v. 18, n. 2, Mai., p. 216-37, 1990, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/191342>>, consultado em 15 de janeiro de 2013.

ZAVALA, Silvio. Las Casas en el mundo actual. In: *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, n. 45, 1985, 15-6, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40852831>>, consultado em 02 de maio de 2013.

ZIEGLER, Karl-Heinz. Die Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht. In: *Archiv des Völkerrechts*, [s/l], Mohr Siebeck, v. 37, n. 2, Mai, 1999, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40799235>>, consultado em 22 de janeiro de 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 6. Ed. Munique: Beck, 2011.

RESUMO

O direito contemporâneo estrutura-se fundamentalmente como um sistema universal de proteção aos direitos humanos, que se desdobra em três dimensões, dialeticamente articuladas, necessárias a sua efetividade: a dimensão global e universal, representada pelo Direito Internacional; a regional, formada por um sistema supraestatal e particular; e a dimensão local, o universal concreto, consubstanciada pelo direito interno de cada Estado. Trata-se, na perspectiva da lógica hegeliana, de um silogismo conclusivo formado pelos citados momentos em seu movimento dialético: o universal, abstrato, aparece no momento particular, situado no tempo e no espaço, e se concretiza, como singularidade ou universal concreto, com a fruição dos direitos humanos e fundamentais pelos cidadãos, no Estado, que assim realiza o universal. A compreensão dessa estrutura do direito é determinante à sua definição ontológica, ou seja, a constatação e fundamentação de uma nova relação entre tais elementos nucleares atualiza o conceito do Direito. Articulam-se, a partir da dialética do reconhecimento, os princípios da autodeterminação dos povos, no âmbito do Direito Internacional, e da soberania, seu corolário no plano estatal, permeados pela busca de implementação dos direitos humanos e fundamentais que, além de protegidos nos níveis acima mencionados, ganha importante fôlego com a formação das cortes internacionais regionais, permitindo a universalidade conviver na particularidade e vice-versa, abrindo novas perspectivas para enfrentar os desafios da globalização deste século XXI.

ABSTRACT

The contemporary law is fundamentally structured as a universal system of protection to human rights, unfolded in three different dimensions, dialectically articulated and necessary to its effectiveness: the global and universal dimension, represented by the International Law; the regional dimension, formed by a supra-state and particular system; and the local dimension, the concrete universal, embodied by the inner right of each State. According to the Hegelian logic, it is a conclusive syllogism formed by the mentioned moments of its dialectic movement: the universal, abstract, appears at a specific moment, situated in time and space, and is actualized, as singularity or the concrete universal with the fruition of human and fundamental rights by citizens in the State, which therefore, fulfills the universal. The understanding of this structure in law is decisive for its ontological definition, that is, the confirmation and justification of a new relation between such nuclear elements updates the concept of Law in the legal contemporaneity. Through the dialectic of recognition are articulated the principles of self-determination, at international level, and that of sovereignty, its corollary in the state level, which, permeated by the search of implementation of human and fundamental rights, that, in addition to being protected in the levels above mentioned, gets momentum with the creation of regional international courts, thus allowing universality to dialogue with the particularity and vice-versa, opening new prospects to face the globalization challenges of the XXI century.

ZUSAMMENFASSUNG

Das zeitgenössische Recht ist wesentlich als ein universelles System des Schutzes der Menschenrechte strukturiert, das sich für seine volle Wirksamkeit notwendigerweise in drei verschiedene und dialektisch artikulierte Dimensionen entfaltet: die globale, universelle und durch das Völkerrecht repräsentierte Dimension (Allgemeinheit); die regionale, staatengemeinschaftlich aufgebaute Dimension (Besonderheit), und schließlich das lokale System (Einzelheit), das durch das innere Recht jedes Staates verkörpert ist. Nach der hegelianischen Logik ist dies ein schlüssiger Syllogismus, der durch die vorgenannten Momente in seiner dialektischen Bewegung konstituiert wird: Die Allgemeinheit, das Abstrakte, erscheint in einem bestimmten Moment, in Zeit und Raum verortet, und konkretisiert sich als Singularität oder konkrete Allgemeinheit durch die Verwirklichung der Menschen- und Grundrechte der Bürger im Staat, der so wiederum das Universelle konkretisiert. Die Besonderheit des regionalen Systems verstärkt nicht nur die Allgemeinheit des Rechts, sondern auch seine Einzelheit. Das Verständnis dieser Struktur ist für die ontologische Definition des Rechts entscheidend, das heißt, die Feststellung und Rechtfertigung einer neuen Beziehung zwischen diesen Kernelementen aktualisiert den Begriff des Rechts, indem er dialektisch, ohne einseitige Reduzierung gedacht wird. Durch die Anerkennungslogik artikulierte sich das Prinzip der Selbstbestimmung der Völker auf der Ebene des internationalen Rechts und das Prinzip der Souveränität als sein Pendant auf der staatlichen Ebene. Beide Prinzipien sind bestimmt durch die Suche nach der Implementierung der Menschen- sowie Grundrechte. Die Schaffung der regionalen internationalen Gerichte – wie des Europäischen Gerichtshofs und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte – gewinnt vor diesem Hintergrund eine besondere Bedeutung, da durch sie ein

Dialog zwischen der Allgemeinheit, der Besonderheit und der Einzelheit fortentwickelt wird, der neue Perspektiven eröffnet, um sich die Herausforderungen sowie die Notwendigkeiten der globalisierten Welt zu stellen.