XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

MARCOS LEITE GARCIA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

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

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-341-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependência da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito á identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

OS DIREITOS HUMANOS E SUAS “GERAÇÕES-DIMENSÕES”: REFLEXÕES A PARTIR DO PENSAMENTO DE BOBBIO SOBRE SUA UTILIDADE DIDÁTICA PARA A MUDANÇA DE MENTALIDADE NO BRASIL E AMÉRICA LATINA

HUMAN RIGHTS AND ITS "GENERATIONS-DIMENSIONS": MEDITATIONS ABOUT A DIDACTICAL UTILITY FROM BOBBIO’S TOUGHTS TO A MINDSET CHANGE IN BRAZIL AND LATIN AMERICA

Sérgio Ricardo Fernandes De Aquino
Marcos Leite Garcia

Resumo

O presente artigo aborda as “gerações” dos Direitos Humanos a partir das linhas de evolução proposta por Norberto Bobbio e desenvolvida por Gregorio Peces-Barba. O objetivo geral é apresentar algumas questões que partem da proposta geracional de Norberto Bobbio e que compõe a visão integral dos Direitos Fundamentais, desde as obras de Gregorio Peces-Barba e Antonio Pérez Luño. O método de abordagem adotado é o dedutivo. Percebe-se, como parte das conclusões, que o tema se apresenta de fundamental importância para o entendimento da mudança de mentalidade tão necessária para uma verdadeira efetividade dos direitos no Brasil e na América Latina.

Palavras-chave: Direitos humanos, Gerações de direitos, Linha de evolução, Mudança de mentalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the "generations" of human rights from the lines of evolution proposed by Norberto Bobbio and developed by Professor Gregorio Peces-Barba’s work. The objective is to present some questions that leave from generational proposed Norberto Bobbio and that makes up the integral vision of Fundamental Rights, since the works of Gregorio Peces-Barba and Antonio Pérez Luno. The adopted approach method is deductive. It is perceived as part of the conclusions, that this theme is crucial to understanding the mentality for a true realization of the rights in Brazil and Latin America.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Generation’s rights, Evolution line, Mindset change

1 INTRODUÇÃO

O debate e a consequente explicação do conceito integral dos direitos humanos fundamentais fazem-se necessários e urgentes em nossa sociedade atual. E uma das maneiras didáticas de ensinar os Direitos Humanos é a consideração das gerações descritas por Norberto Bobbio a partir das linhas de evolução dos mesmos propostas pelo professor de Turim e desenvolvidas na obra do Professor espanhol Gregorio Peces-Barba.

Infelizmente, a importância do ensino dos Direitos Humanos[1] na prática é cada vez menor, já que dita realidade é facilmente comprovada em nossa sociedade por atitudes de ignorância endêmica, formas de preconceitos, sejam raciais, classistas ou de outras origens. Algumas causam danos enormes em sociedades periféricas como a nossa. É necessário, portanto, uma investigação a qual sinalize argumentos favoráveis ao conceito integral dos Direitos Fundamentais, desde suas características éticas, jurídicas e sociais.

O objetivo do presente trabalho é apresentar algumas questões que partem da proposta geracional de Norberto Bobbio e que compõe a visão integral dos Direitos Fundamentais, desde as obras do professor italiano de Turim e dos professores espanhóis Gregorio Peces-Barba e Antonio Pérez Luño, estes respectivamente da Universidad Carlos III de Madrid e da Universidad de Sevilla.

O problema de pesquisa pode ser expresso pela seguinte indagação: Como é possível pensar na viabilidade dos Direitos Humanos Fundamentais sem que haja uma mudança de mentalidade acerca de sua importância histórica e educacional?

A hipótese formulada para essa pergunta é, inicialmente, negativa, pois, sem que haja uma educação destinada a compreender o desenvolvimento histórico, ético, social e jurídico dos Direitos Fundamentais, torna-se improvável observar, também, o aperfeiçoamento dos espaços democráticos. O método de abordagem adotado é o Dedutivo, cuja premissa maior são as "Gerações-Dimensões" dos Direitos Humanos e

[1] "*La expresión 'derechos humanos' sirve para identificar una serie de instrumentos que tienen como principal misión proteger y promover la libertad y la igualdad de todos los seres humanos. En este sentido, presupone una concepción de los seres humanos como seres valiosos en sí mismos, en cuanto están dotados, en diferente medida, de habilidades, competencias y capacidades – que identificamos con el término dignidad humana -, que les hacen singulares y cuyo desarrollo y ejercicio se considera esencial".* PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007, p. 155.

como a sua compreensão, especialmente pela vida da educação, contribui ao exercício e reivindicação nos territórios nacionais a partir dos Direitos Fundamentais – premissa menor. As técnicas utilizadas foram a Pesquisa Bibliográfica e Documental.

É indiscutível a importância dos Direitos Humanos no contexto do Direito atual. As normas constitucionais definidoras de Direitos (Direitos Fundamentais – direitos humanos constitucionalizados) são o *coração* e a *cabeça* das atuais constituições ocidentais. O paradigma do Estado é, agora, na explicação de Luigi Ferrajoli[2], derivado dessa nova era do Direito, a partir das constituições do segundo pós-guerra do século XX, a atual Democracia Constitucional. Já é hora de colocar os direitos humanos/Direitos Fundamentais em seu devido lugar: como disciplina autônoma nos currículos das universidades brasileiras, não somente nos cursos de Direito, e colocá-los em pauta em diversos debates – principalmente naqueles dirigidos a um maior número de cidadãos possível.

Sobre a mídia aberta ao grande público é correto afirmar que *quem financia a baixaria é contra a cidadania*, reproduzindo-se aqui o refrão título da respectiva campanha pela valorização dos Direitos Humanos na televisão da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. No entanto, também é correto afirmar que quem ignora o que são os Direitos Fundamentais constitucionais e os Direitos Humanos dos textos internacionais, não sabe o que significa o sentido mais profundo de cidadania[3].

---

[2]A democracia constitucional é a democracia limitada pela esfera do indecidível, ou seja, a democracia é limitada pela obrigação de observação de determinados preceitos previstos na constituição e que são o núcleo duro e a razão de ser do próprio sistema, a ponto de serem convertidos pelo legislador constituinte em cláusulas pétreas. Esse núcleo duro que não pode ser abolido de forma alguma, terá como conteúdo os Direitos Fundamentais, a separação dos poderes, a própria democracia como garantia da realização de sufrágios periódicos (entre outras opções do legislador constituinte – no caso brasileiro e nas federações: a forma de Estado) e ademais e principalmente princípios fundamentadores de todo o sistema de normas e sobretudo essencialíssimos princípios normogenéticos como a dignidade da pessoa humana. São normas que regem todo o sistema jurídico e por isso núcleo duro, que garantem conquistas históricas da humanidade, e que fazem parte da chamada por Ferrajoli esfera do indecidível, ou seja, normas que não podem ser modificadas, abolidas e nem violadas. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta. 2008. p. 25-41.

[3] *"[...] El concepto de ciudadanía sigue siendo particular y no universal. La idea de ciudadano universal o el ser humano como ciudadano del mundo es un objetivo moral y políticamente deseable e irreprochable, pero también sumamente complicado y lleno de dificultades que, con frecuencia sus defensores ignoran o eluden. Sin embargo, está llamado a ser un ideal moral y social que sirva, al menos, para poder criticar y transformar, por limitados e insuficientes, los modelos de ciudadanía existentes".* PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. p. 312.

2 O DEBATE A RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Sem nenhuma dúvida, um dos principais temas de interesse no debate jurídico contemporâneo é o relacionado aos Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos[4]. Se percorrermos as principais revistas especializadas e outros meios de difusão da cultura jurídica procurando avaliar o interesse dedicado ao tema, perceberemos já em um primeiro olhar não somente sua extrema atualidade, como também sua riqueza, diversidade e imponência. Os Direitos Fundamentais são objeto de um sem fim de elucidações da teoria jurídica contemporânea; e a importância do seu debate necessita de um grande número de especialistas pesquisadores dos mais diversos ramos do saber para abarcar os seus infinitos desdobramentos.

Em nosso país, ainda que quantitativamente, são muitos os estudos no tema dos Direitos Fundamentais. Pensamos que não é devidamente dada a importância que tem o assunto, principalmente devido à relevância da matéria para o desenvolvimento de determinados valores em nossa sociedade – infelizmente desprezados – e à riqueza do texto constitucional de 1988 no que se refere aos direitos[5].

Segundo esta visão integral, os Direitos Fundamentais são transideológicos. Qualquer cidadão minimamente instruído consegue visualizar que existe uma enorme

---

[4] Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Em nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: *direitos humanos*, *Direitos Fundamentais* e *direitos do homem*. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo *Direitos Fundamentais* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões *Direitos Fundamentais* e *direitos humanos* são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 31; BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos**. **El discurso de los derechos**. Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992, p. 20; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 33.

[5] Encontramos um atualíssimo, e por este motivo interessante, catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa "constituição cidadã" nas palavras de Ulisses Guimarães. Como bem salienta Sarlet, "[...] traçando um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos Direitos Fundamentais". SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 67.

discrepância, um *abismo*, entre a realidade social e os textos positivos referentes aos Direitos Fundamentais em nossa nação. Esse *abismo* existente, certamente devido a muitos fatores, deveria ser considerado um dos mais urgentes objetos de estudo em nossa universidade atual para se mitigar, mais e mais, as misérias sociais, humanas e institucionais. No ano de 1987, em uma conferência no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, o jusfilósofo italiano Noberto Bobbio expôs que:

> Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal de progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo –por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na terra -, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa. (...) O progresso para Kant, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os "políticos" por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que "o mundo foi sempre assim como vemos hoje". Kant comentava que, com essa atitude, tais "políticos" faziam com que o objeto de sua previsão – ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história – se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder[6].

Aqui, Bobbio faz alusão a que devemos fundamentar os Direitos Fundamentais, que a história não é uma repetição de fatos como querem alguns e que o homem pode transformar sua realidade por meio do respeito aos Direitos Fundamentais. Também dito texto de Bobbio nos remete ao que o professor Nicolás López Calera sempre insistiu, tanto em sala de aula, como em sua obra, que o índice de respeito aos Direitos Humanos servem de parâmetro, de *medidor*, da evolução de um povo, do real desenvolvimento de uma nação[7].

Na opinião do Professor da Universidade de Granada, esse deveria ser um dos temas centrais do debate universitário[8], pois conhecer, no sentido de fazer um estudo aprofundado desse rico universo dos Direitos Humanos, não serve para impor uma verdade absoluta, mas, sim, de trazer elementos para que o cidadão possa optar ou não pelos valores enunciados e protegidos pelos Direitos Fundamentais.

---

[6] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 64.

[7] LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía del derecho** (I). Granada: Colmares, 1997, p. 206.

[8] LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos**: una cuestión ideológica. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, Granada, n. 20-21, 1980-1981, p. 40.

Algo que não ocorre em nossa sociedade, pois não é dada a opção ao cidadão comum conhecer o que realmente significam os Direitos Fundamentais (exatamente no sentido contrário ao espírito do artigo 205 da atual Constituição da República Federativa do Brasil: "A educação [...], será promovida e incentivada [...], visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"). A não opção pelos Direitos Fundamentais é justificada pela adoção de algumas teorias que negam a sua existência, não obstante a própria teoria geral dos Direitos Fundamentais aceite que o direito de discrepar do consenso dos direitos, pois, ao se rememorar Voltaire acerca do direito à liberdade de expressão: "Não concordo com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-lo".

Em nossa opinião as origens e a fundamentação dos Direitos Humanos se confundem. Devem-se estudar as origens dos direitos humanos exatamente para fundamentá-los. Ao se estudar as suas origens históricas, estamos o fundamentando e vice-versa[9] porque os Direitos Humanos podem ser considerados por meio de seus processos de evolução, ou seja, suas linhas de evolução geram as conhecidas três gerações de Direitos Fundamentais no lema de Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A grande pergunta, e mais difícil de responder (e que não deve ser confundida com a questão prática do para quê dos direitos) da Filosofia dos Direitos Fundamentais é a do *por quê* dos Direitos Fundamentais. *Por que* devem ser respeitados os Direitos Fundamentais? Essa resposta é o conteúdo da própria a fundamentação dos Direitos Fundamentais, ela vai unida ao conhecimento de sua história, sua evolução, seus processos de evolução e do seu conceito.

Segundo o professor Peces-Barba, se cruamente não os fundamentamos, não justificamos moralmente os Direitos Fundamentais, ou seja, os mesmos seriam *uma força*

[9] Nas palavras de Adela Cortina e Emilio Martinez, "fundamentar algo significa mostrar as razões que fazem desse algo um fenômeno coerente, razoável, não arbitrário". Ou ainda "[...] fundamentar é argumentar, oferecer razões bem articuladas para esclarecer porque preferimos alguns valores e não outros, certas teorias e não outras, determinados critérios e não outros. Ao mostrar os fundamentos que nos ajudam a manter o que cremos, fugimos da arbitrariedade e prevenimos o fanatismo próprio da crença cega e da adesão incondicional". CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 127.

sem moral; e os Direitos Fundamentais somente como *moral*, como querem entre outros os atuais seguidores de um Direito Natural contemporâneo, seria uma *moral sem força*.[10]

É a partir desse *trânsito à Modernidade*, destacado pelo Professor Peces-Barba que se observa, junto à Bobbio, a visão integral dessa "geração-dimensão" dos Direitos Fundamentais, cuja compreensão inicia-se desde as suas raízes históricas e se desenvolve por meio das dimensões ética, jurídica e social. Sem essa percepção, qualquer tentativa de identificar, exigir, exercitar os Direitos Fundamentais torna-se, tão somente, uma pretensão vazia de significado por lhe faltar essa necessidade de *humanizar a humanidade*[11].

3 A QUESTÃO DA INTEGRALIDADE DO CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Para a análise da questão da integralidade do conceito dos Direitos Fundamentais faz-se imprescindível partir desde duas perspectivas básicas: uma primeira perspectiva quanto aos processos de evolução e suas respectivas **gerações históricas** dos direitos. Entendemos que uma das maneiras de didaticamente ensinar os Direitos Humanos seria a partir da obra de Norberto Bobbio, da sua consideração dos direitos em gerações. Os inimigos de Bobbio criticam ferozmente a questão das gerações.

As gerações foram desenvolvidas com o intuito de sobretudo facilitar o ensino dos direitos humanos. Antonio-Enrique Pérez Luño é um dos pensadores mais importantes da atualidade que defende as gerações propostas inicialmente por Bobbio e as desenvolve em toda sua obra. Sem dúvida um autor que merece ser estudado. Além do cenário histórico, um segundo momento se refere quanto às suas **dimensões** desde uma visão integral do conceito que considere suas três dimensões: a **ética**, a **jurídica** e a **social**.

3.1 As gerações históricas dos Direitos Fundamentais

As gerações dos Direitos Fundamentais, dependendo do autor podem ser três, quatro ou até cinco. Nossa preferência é pela divisão mais tradicional que em princípio está exposta em três gerações nos moldes da divisão apresentada por Karel Vasak[12], que

[10] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 104-105.
[11] HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 42.
[12] VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. *In:* SWINARSKI, Chistophe (ed.). Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984, p. 837-839.

foi quem criou o termo "gerações de direitos" em 1979. Ditas gerações foram complementadas por Norberto Bobbio[13] e, atualmente, desenvolvidas e defendidas pelo Professor Antonio-Enrique Pérez Luño[14], as quais seriam: primeira geração-dimensão: direitos civis e políticos – direitos de liberdade; segunda geração-dimensão: direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de igualdade; terceira geração-dimensão: direitos difusos – direitos de solidariedade; e uma para alguns autores mais duas gerações, uma quarta e uma quinta, que são respectivamente as referentes à bioética e as novas tecnologias da informação, que Pérez Luño inclui ainda na terceira geração. Sobre a divisão em cinco gerações é interessante consultar a obra do professor da Universidade Federal de Santa Catarina Antonio Calos Wolkmer[15].

Uma das sugestivas contribuições do Professor Gregorio Peces-Barba[16] à teoria dos Direitos Fundamentais, entre tantas, consiste no estudo das chamadas linhas de evolução dos direitos que são relatadas nos processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação, processos estes que foram primeiramente propostos por Norberto Bobbio. O estudo das linhas de evolução dos Direitos Fundamentais é de basilar importância para o entendimento dessas gerações.

Para ajudar no entendimento do fenômeno histórico dos Direitos Fundamentais, incluímos, didaticamente, entre os referidos processos de evolução um anterior, e ao mesmo tempo diacrônica, por nós chamado processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais[17]. Essas linhas de evolução serão necessárias para se entender o contexto histórico, sobretudo a situação política, social e jurídica, do aparecimento das respectivas gerações de Direitos Fundamentais. Fundamental faz-se recordar a lição de Luigi Ferrajoli no sentido de que os Direitos Fundamentais surgiram na história sempre como reivindicações dos mais débeis, dos mais fracos[18].

---

[13] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 5-7.
[14] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 25-48.
[15] WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos "novos" Direitos. *In*: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os "novos" Direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.
[16] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 146-198.
[17] Ver: GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.
[18] Ver: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

De cada processo de evolução serão positivadas uma geração de direitos ou, como no caso dos dois últimos dois, surgirão novas esferas de defesa dos direitos, como no caso do processo de internacionalização – evidentemente a esfera internacional – e no caso do processo de especificação, além da positivação dos chamados "novos direitos" e dos "novíssimos direitos", também surgirá uma nova esfera: a da Pós-Modernidade[19] que se resume em direitos *transfronteiriços*, *transnacionais* e *transindividuais*, que traduzem as novas perspectivas do direito contemporâneo. Muitas críticas já se fizeram às gerações de direitos.

Aqui não é o espaço para discuti-las amplamente, mas o entendimento das gerações, tendo-se em conta o constante processo de formação e transformação do ideal dos direitos, deve levar em conta algumas questões básicas como um juízo favorável e positivo dentro de seu contexto histórico de suas três fontes ideológicas e históricas: as teorias liberal, socialista e democrática, e suas constantes transformações em direção às novas necessidades de proteção da dignidade humana.

O processo de positivação será marcado pela passagem da discussão filosófica ao Direito positivo. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais, anterior ao de positivação, será marcado por transformações políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade no trânsito à modernidade e como consequência das reivindicações dos livres pensadores que irão fundar o Direito Natural Racionalista, revolucionário em sua essência[20], e o Iluminismo. Estas primeiras reivindicações serão pela separação da ética

[19] "A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada na condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, ela inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais, para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho, etc.)". BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

[20] Será o pensador alemão Jürgen Habermas que também – na mesma linha de pensamento que os pensadores espanhóis por nós estudados – ressaltará a fundamental existência de um histórico Direito Natural Racionalista, uma revolucionária forma Direito Natural, anterior à positivação dos mesmos Direitos Fundamentais e que transformará a relação entre Direito e moral. HABERMAS, Jürgen. Derecho

pública da ética privada e consequentemente pela separação do Estado da religião, tolerância religiosa, humanização do direito penal e do processo penal e um pouco depois pela limitação do poder do Estado.

A partir desse cenário, os Direitos de primeira geração (direitos de liberdade), traduzidos como direitos civis e políticos ou liberdades públicas, de cunho individualista serão Direitos do cidadão ante o Estado, ou seja, de não atuação do Estado, liberdades que requerem uma abstenção do Estado. Os primeiros documentos serão frutos das Revoluções liberais ou revoluções burguesas como o *Bill of Rights* inglês de 1689, as Declarações norte-americanas de Direitos de 1776 (especialmente e Declaração de Independência e a Declaração da Virginia) e a Declaração de Diretos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789, entre outras.

As liberdades positivadas inicialmente como consequência das chamadas revoluções burguesas, atualmente são direitos reconhecidos em todas as constituições dos países democráticos do mundo ocidental e, lógica e felizmente, catalogados em nosso atual texto constitucional no artigo 5º de excelente redação pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. A *liberdade* que dignifica a pessoa humana será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño[21], este desenvolvimento histórico gerará o Estado Liberal de Direito que caracterizará o século XIX de nossa era.

O processo de generalização significará a reivindicação típica do século XIX da extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real. Assim serão positivados somente no início e mediados do século XX os direitos sociais ou de Direitos de segunda geração. Uma das características da crítica ligeira e pouco aprofundada às gerações dos

---

Natural y Revolución. In: _____. **Teoría y praxis**: estudios de filosofía social. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 88. O desenvolvimento histórico dos Direitos Fundamentais e da democracia servirá de objeto legitimador dos mesmos. Diz Habermas que "não pode haver direito autônomo sem democracia realizada". HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad? **Doxa.** Alicante, n.5, 1988, p. 45. Entre os autores espanhóis aludidos, no mesmo sentido, entre outros, Antonio Pérez Luño (**Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 134-186); Eusebio Fernandez (**El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII**, p. 571-599); Gregorio Peces-Barba (**Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**, p. 10-214; e **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 101-204); Nicolás López Calera (**Filosofía del derecho** –I, p. 205-272).

[21] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. p. 28.

Direitos Fundamentais é no sentido de que eles são fechados, estanques e historicamente irreais.

No processo de generalização serão reivindicados e posteriormente positivados alguns direitos de liberdade, como as liberdades de reunião e de associação, proibidas com a chegada dos burgueses ao poder para impossibilitar a organização dos trabalhadores (proibição imposta pela Lei *Le Chapelier* de 1791, vigente quase um século na França, por exemplo)[22]. Também, além das liberdades citadas, serão reivindicados alguns direitos políticos, ou a melhoria e generalização de alguns direitos políticos, como a universalização do sufrágio.

Podemos afirmar que entre os direitos de segunda geração - além dos direitos econômicos, sociais e culturais, mais caracteristicamente vinculados a essa época - também podem ser incluídas as liberdades de associação e de reunião, o sufrágio universal com o qual o trabalhador e todos os demais membros da sociedade poderão participar do jogo político. Direitos de liberdade, direitos igualdade e direitos políticos se comunicam em todas as gerações, uma vez que não são estanques, no sentido de que não são estagnados.

Insiste-se: uma geração de direitos não supera a outra, como querem alguns críticos, mas uma geração traz novos elementos aos Direitos Fundamentais e complementa a anterior geração. Os direitos de segunda geração são os de igualdade e na sua essência são os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos de exigir prestação do Estado. São os direitos do trabalhador a condições dignas de vida, de trabalho, de saúde, de educação, e de proteção social.

Foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los, mas o titular continua sendo o homem na sua individualidade. Como exemplos históricos temos documentos como a Constituição mexicana 1917; a Constituição alemã de Weimar de 1919; a Constituição republicana espanhola de 1931, a Constituição brasileira de 1934, entre outras.

Atualmente, esses direitos são também reconhecidos nas constituições dos países democráticos do mundo ocidental e catalogados em nosso atual texto constitucional nos

[22] Sobre a Lei Le Chapelier, veja-se: JAURÈS, Jean. **História Socialista de La Revolución Francesa**: II. La obra de la Asamblea Constituyente. Tomo II. Buenos Aires, Poseidon. p. 238-262.

artigos 6º a 11, também de excelente redação pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. A *igualdade*, como estabelecimento de uma ordem mais justa que deverá dignificar a pessoa humana, será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño[23], este desenvolvimento histórico gerará o Estado Social de Direito, estado de bem-estar social, que caracterizará a excelente experiência dos países europeus mais desenvolvidos do século XX de nossa era.

O seguinte processo será o de internacionalização, que ainda está em fase embrionária e, por esse motivo, incompleto, ademais de ser de difícil realização prática, implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional. Nesse cenário, não se verifica a elaboração de nenhuma nova geração de direitos e sim uma nova esfera de defesa dos direitos: a internacional, a qual não trouxe, ainda, maior integração entre os povos e que, dentro dos sistemas de proteção internacional, somente o sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos tem funcionado com verdadeira eficácia.

Última linha de evolução dos Direitos Fundamentais, o processo de especificação pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos como criança, idoso, como mulher, como consumidor, entre outros, ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz. Também chamado de direitos difusos ou "novos direitos". Esses são os Direitos de terceira geração. Direitos de *fraternidade*[24] no sentido contemporâneo de *solidariedade*, também chamados de direitos coletivos e difusos.

Os "novos direitos" *transindividuais* provenientes do processo de especificação, são especificados em dois níveis: Em primeiro lugar *quanto ao conteúdo*: direito a um meio ambiente saudável e direito à paz, entre os considerados "novos direitos"; além dos "novíssimos direitos" referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética; e dos outros "novíssimos direitos" advindos das tecnologias de informação

---

[23] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 28.

[24] Essa expressão pode ser "[...] entendida como conjugação das relações de pertencimento mútuo e de responsabilidade, como princípio de reconhecimento da identidade e o caráter unitário do corpo social, respeitando a cada uma das diferentes multiplicidades". ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. *In*: BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido/1:** A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, (SP): Cidade Nova, 2008, p. 88.

(internet) e do ciberespaço[25]. E em segundo lugar especificados *quanto ao titular*: direito do consumidor; direito da criança e do adolescente; direito da mulher, direito do idoso, direito dos índios.

A *solidariedade*[26] (sentido atual da fraternidade) tão necessária para questões essenciais do mundo atual e que dignifica a pessoa humana será seu signo e fundamento. Como bem recorda o professor Antonio Pérez Luño[27], este desenvolvimento histórico gerará um novo Estado de Direito com novas formas de exercer a cidadania e que caracterizará o século XXI de nossa era.

Na defesa da divisão dos Direitos Fundamentais em gerações, destaca o Professor Pérez-Luño[28]: "Uma concepção geracional dos direitos humanos implica, em suma, reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será obra fechada e acabada". Segue o Professor da Universidade de Sevilha: "Uma sociedade livre e democrática devera mostrar-se sempre sensível e aberta ao aparecimento de novas necessidades, que fundamentem novos direitos". E sobre a fase em que eles ainda não são positivados afirma que "Enquanto esses direitos não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e/ou internacional, atuaram como categorias reivindicativas, pré-normativas e axiológicas". Exatamente essa será a dimensão do processo de formação do ideal dos direitos que é constante e inacabado em nome da dignidade do ser humano e da "irrenunciável dimensão utópica[29]" dos Direitos Fundamentais que consolida a sua legitimidade.

3.2 As dimensões dos Diretos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais visando sua efetiva realização teriam seu conceito calcado em três características principais, uma relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas

[25] Cibercidadania, no dizer do professor Pérez Luño. Ver: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004. 142 p.

[26] "O substantivo solidum, em latim, significa a totalidade de uma soma; solidus tem o sentido de inteiro ou completo. A solidariedade não diz respeito, portanto, a uma soma isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidade, mas à relação de todas as partes de um todo, entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas. São de cunho solidário não só o conjunto das relações interindividuais dos cidadãos na sociedade política, e dos povos na cena internacional, mas também a relação do Estado com qualquer cidadão ou grupo de cidadãos [...]". COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

[27] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. p. 35-42.

[28] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. p. 42/43.

[29] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. p. 42/43.

sociais (eficácia ou efetividade). Estas seriam as três dimensões dos Direitos Fundamentais: uma ética, uma jurídica e outra social.

3.2.1 A dimensão ética: Direitos Fundamentais como uma pretensão moral justificada.

Em primeiro lugar, devemos ver a dimensão ética do fenômeno, uma vez que os Direitos Fundamentais são uma **pretensão moral justificada.** Os Direitos Fundamentais devem ser, ou devem partir de uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana – seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana – seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras: os Direitos Fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade. Nas palavras de Peces-Barba[30]:

> Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas idéias de liberdade e igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

Essa explicação da pretensão moral justificada é exatamente a fundamentação teórica do *por que* dos Direitos Fundamentais. Algo que seja contrário à Dignidade da Pessoa Humana[31], ou a liberdade e a igualdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro Direito Fundamental. Ao se considerar um Direito Fundamental somente como pretensão moral justificada, sem ser norma positivada, seria, ainda, um Direito Natural. Essa pretensão moral justificada deve ser, portanto, positivada para ser um Direito Fundamental; uma vez que os Direitos Fundamentais devem de ter a possibilidade ou estar previstos em um texto legal.

A partir dessa afirmação, temos duas das dimensões de seu conceito integral. O conceito ou visão integral dos Direitos Fundamentais pode ser compreendido, em primeiro lugar, sob dois pontos de vista ou dimensões: uma dimensão ética, que se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada ser humano

---

[30] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 109.

[31] "[...] A dignidade não se confunde, tampouco, com uma ânsia de santidade ou uma conquista de honrarias: ela é, essencialmente, uma posição de respeito do homem para consigo mesmo em defesa da qualidade moral que representa". LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 175.

como pessoa moral, e, por outro lado a dimensão jurídica, que reconhece e explica a incorporação dos direitos ao direito positivo[32].

Não resta dúvida que os Direitos Fundamentais têm essa exigência de serem positivados, pois se ficassem somente no plano teórico de pretensão moral justificada não seriam direitos e, sim, somente uma ideia ou um direito natural. Sem dúvida que o consenso acerca do direito natural racionalista – construído pelos livres pensadores do transito à modernidade – é a base do consenso acerca dos Direitos Fundamentais atuais. Do contrário, sem o consenso em torno aos direitos, cairíamos na crítica de Jeremy Bentham no sentido de que é impossível raciocinar com fanáticos armados de um direito natural e que a variedade de direitos naturais de diversas estirpes levaria a uma horrível guerra[33]. Os Direitos Fundamentais são ideológicos e sua edificação intelectual ocorre a partir de *pretensões morais justificadas* construídas com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista[34].

3.2.2 A dimensão jurídica: Direitos Fundamentais como possibilidade de ser uma norma jurídica exigível.

Em segundo lugar e de acordo com sua dimensão jurídica, os Direitos Fundamentais devem **ter a possibilidade de ser uma norma positiva**, é dizer devem ter a possibilidade de técnica jurídica de ser positivado, de ser incluído como norma jurídica. Da mesma forma não devem ser somente uma norma positiva e ponto final como se de

---

[32] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 39.

[33] *"[...] Es imposible razonar con fanáticos armados de un Derecho Natural que cada uno entiende a su modo, y del cual nada puede ceder ni quitar: que es inflexible, al mismo tiempo que ininteligible, que está consagrado a su vista como un dogma, y del cual nadie puede apartarse sin delito. En vez de examinar las leyes por sus efectos, en vez de juzgarlas como buenas o malas, estos fanáticos solamente las juzgan por su conformidad o contrariedad con este supuesto Derecho natural, que, es decir, que sustituyen al razonamiento de la experiencia todas las quimeras de su imaginación... ¿No es esto poder las armas en manos de todos los fanáticos contra todos los gobiernos? ¿En la inmensa variedad de ideas sobre la ley natural y la ley divina, no hallará cada uno alguna razón para resistir a todas las leyes humanas? ¿Hay un solo Estado que pudiera mantenerse un día, si cada uno se creyera obligado en conciencia a resistir a las leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural o revelada? ¡Qué guerra sangrienta y horrible entre todos los intérpretes del Código de la Naturaleza, y todas las sectas religiosas! [...]."* BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 94-95.

[34] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 138-144; e p. 199-204.

uma declaração ou carta de intenções se tratara, uma vez que devem ser uma norma positiva que deve vir **acompanhada de sua respectiva garantia**[35].

Ao se estudar as origens de todos os Direitos Fundamentais incluídos em nosso texto constitucional, estaríamos fundamentando e justificando moralmente aquelas pretensões que se transformaram em direito positivo. A justificativa moral dos Direitos Fundamentais é o estudo da principal pergunta da chamada, pelos professores Gregorio Peces-Barba e Nicolás Lopéz Calera, filosofia dos Direitos Fundamentais: o por quê dos direitos?

3.2.3 A dimensão social: Direitos Fundamentais como realidade social e condições essenciais para sua efetividade.

Em terceiro lugar e de acordo com sua dimensão social, **os Direitos Fundamentais são uma realidade social**, é dizer, atuante na vida social, e por tanto condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade[36]. Certamente impossível separar os Direitos Fundamentais da realidade social. A falácia neoliberal, segundo Peces-Barba[37], leva a não efetividade dos Direitos Fundamentais uma vez prescinde não somente de sua segunda geração – os direitos sociais –, mas também de uma das dimensões do conceito ou visão integral dos Direitos Fundamentais.

A visão integral do conceito dos Direitos Fundamentais exige uma reflexão sobre a dimensão ética e jurídica e também com relação a sua dimensão social. A dimensão social da visão integral dos direitos é a que tem relação com sua incidência social, isto é incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais[38]. Todos fatores são necessários para uma verdadeira efetividade dos Direitos Fundamentais. Sobre os Direitos como

---

[35] "Um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos Direitos Fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, por suposto que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos". PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 112.

[36] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 112.

[37] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 61/62.

[38] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 40.

direitos de todos e de acordo com seu conceito integral, rememora o Professor Peces-Barba[39]:

> Assim o analfabetismo, dimensão cultural, condiciona a liberdade de imprensa; e os progressos da técnica em um determinado momento da cultura científica, por exemplo, com os progressos das comunicações, condicionam a idéia de inviolabilidade de correspondência; ou a escassez de bens pode condicionar ou impedir, tanto para a existência de uma pretensão moral à propriedade pelo seu impossível conteúdo igualitário, quanto de uma norma jurídica pela impossível garantia judicial.

A história dos Direitos Fundamentais, que é também a história da luta pela Dignidade Humana, faz parte do patrimônio da humanidade. O filósofo Voltaire[40] já argumentava no sentido de que um povo tem que aprender com sua história e com a história da humanidade. Não cabe dúvida que falta de conhecimento histórico, a ignorância leva ao fanatismo e a barbárie.

Devemos sempre recordar para as futuras gerações as lições da história, como, por exemplo, a ideia de *banalização do mal* de Hannah Arendt, e seu sentimento humano de impotência e indignação diante da burocratização do mal em sua histórica análise sobre o julgamento de Eichmann[41]. Somente por meio de uma cultura que parte de uma educação calcada nos valores da cidadania e dos Direitos Fundamentais é que poderemos reivindicar a utopia dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor.

É certamente o início do século XXI o momento (infelizmente tardio) em que nosso país e toda a humanidade devem entender e estudar o fenômeno dos Direitos Fundamentais e fazer deles, em cada canto do mundo, parte da cultura e da educação local para se entender e enfrentar os desafios globais. A lição do professor Nicolás López Calera[42] demonstra que "[...] não devemos esquecer que todos os direitos humanos, em maior ou menor medida, são independentes, pelo que sua efetiva realização exigirá uma luta global que não descuide nenhum aspecto fundamental da complexa realidade do ser humano", e, para realizar esse objetivo, faz-se necessário promover uma civilização e

---

[39] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 112.

[40] VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 14-15.

[41] ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 336 p.

[42] LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social*. *In:* OLIVEIRA JR., J. Alcebíades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 134.

uma cultura facilitadoras da educação na solidariedade, na tolerância e em diversos outros valores fundamentais para chegar a uma educação dos Direitos Humanos[43].

De nada adianta termos uma pretensão moral justificada positivada e seguida de sua respectiva garantia, quando a realidade social é contrária aos Direitos Fundamentais, da mesma forma que contrária a igualdade e da implementação de uma sociedade mais justa e solidária.[44]

A mídia brasileira, por exemplo, faz um enorme desserviço à causa dos Direitos Humanos com seu bombardeio de informações que manipulam o verdadeiro sentido desses direitos previstos nos tratados internacionais e em nosso texto constitucional. Trata-se de verdadeira miséria humana, social e institucional. Expressões e frases feitas como "o pessoal dos direitos humanos" ou "os direitos humanos defendem bandidos e não a vítima" fazem parte dos dizeres absurdos de um povo ignorante de seus direitos.

6 CONCLUSÕES

Quando estamos diante somente de uma pretensão moral justificada estaríamos no caso de um direito não escrito, ou uma pretensão de algo a ser incluído como Direitos Fundamentais. Seria então essa pretensão moral justificada um direito natural ou essa pretensão moral justificada já seria direitos humanos no plano internacional e ainda não teria sido positivado naquele sistema jurídico interno.

Por outra parte, se a pretensão moral justificada é positivada, incluída como norma de direito, estaríamos diante de um Direito Fundamental. Se essa norma não é seguida da possibilidade de ser garantida judicialmente, estaríamos diante de uma declaração ou uma mera carta de intenções. Para ser um Direito Fundamental tem de ser seguido de sua respectiva garantia.

---

[43] "Es necesario promover una civilización y una cultura que faciliten la educación en la *solidariedad*. Es necesario fomentar la virtud de la solidariedad en un mundo en el que unos pocos tiene derechos y muchos tienen pocos derechos o casi ninguno". LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía de los derechos humanos**. p. 134 (Grifos no original).

[44] No mesmo sentido deve ser considerada a tese da *constitucionalização simbólica* do professor Marcelo Neves (veja-se: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 288 p.); assim como a noção de democracia substancial e outras questões discutidas na obra de Luigi Ferrajoli (veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957); e mais recentemente a também relevantíssima obra de Gerardo Pisarello (veja-se: PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.).

Em contrapartida, se os Direitos Fundamentais se desenvolvem de acordo com uma realidade social favorável, a favor de seu desenvolvimento, estaríamos então diante de Direitos Fundamentais substancialmente efetivos, ou Direitos Fundamentais completos e integrais. Evidentemente que as realidades complexas das chamadas sociedades dos países periféricos não são tão assim simples: tão claro e escuro; mas podemos então dizer que temos momentos de Direitos Fundamentais substancialmente efetivos e, na maioria das vezes, estes estão escritos apenas em uma folha de papel, no dizer de Ferdinand Lassalle[45] e que na prática são os fatores reais de poder que nutrem a situação de sempre de desrespeito da cidadania.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos**. **El discurso de los derechos**. Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992.

BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética.** Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. *In:* _____; PECES-BARBA, Gregorio (org.). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998. p. 571-599.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição e tradução de Miguel Carbonell, et. all. Madrid: Trotta, 2008. 373 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

GARCIA, Marcos Leite. **A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas consequências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos**: diálogo entre o Prof.

[45] LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stönner. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 35-40.

Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane. Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-41.
HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad? **Doxa.** Alicante, p. 21-45, n.5, 1988.
HABERMAS, Jürgen. Derecho Natural y Revolución. In: _____. **Teoría y praxis**: estudios de filosofía social. 3.ed. Tradução espanhola de Salvador Mas Torres e Carlos Moya Espí. Madrid: Tecnos, 1997. Cap. II, p. 87-122.
HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
JAURÈS, Jean. História Socialista de La Revolución Francesa: II. La obra de la Asamblea Constituyente. Vol. II. Buenos Aires, Poseidon.
LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stönner. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía del derecho** (I). Granada: Colmares, 1997.
LOPEZ CALERA, Nicolás. **La crisis de las Facultades de Derechos**: una cuestión ideológica. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez, Granada, p. 39-46, n. 20-21, 1980-1981.
LOPEZ CALERA, Nicolás María. Filosofía de los derechos humanos: dialéctica y paz social. *In:*
OLIVEIRA JR., J. Alcebíades. **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 128-143.
NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Martins Fontes, 2007. 288 p.
PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
PECES-BARBA, Gregorio. **Educación para la ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. *In*: _____ (et alii). **Los derechos humanos**: Significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 16-45.
PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma? In: _____(org). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 11-52.
PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.
PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.
PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.
SAMPAIO, José Adércio Leite. As críticas aos Direitos Humanos. In: _____. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 37-55.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Chistophe (ed.). Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984. p. 837-850.
VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos "novos" Direitos. *In*: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os "novos" Direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.