

1. Introito

A discussão da coerência do procedimento para uma lógica aplicativa da norma, no contexto da afirmação da ciência jurídica como garante dos Direitos Humanos perpassa pela discussão inicial acerca da origem e da fundamentação do entendimento do conceito de Direitos Humanos.

A humanidade vivencia uma crise de legitimação, de fundamentação dos Direitos Humanos. A realidade revela através dos noticiários que muitas vezes em nome da segurança jurídica e em nome da mundialização do capital e das esferas produtivas, direitos são desrespeitados e não cumpridos.

Segundo análise de Celso D. de Albuquerque Mello¹, “não é possível encontrar entre os pesquisadores um consenso em relação à origem dos Direitos Humanos²”, sendo possível encontrar abordagens com diferentes fundamentações.

Para a abordagem da origem política os direitos humanos seriam decorrentes da vontade de protesto coletivo, diante da ameaça do arbítrio ou riscos de despotismo. Na perspectiva da origem religiosa dos direitos humanos a fundamentação encontra resguardo no pensamento protestante reformado anglo-saxão, a defesa da separação entre Estado e Igreja e o ideal da liberdade de religião do indivíduo perante a autoridade política.³

Abordagem diferenciada é a tese de que os direitos humanos possuem origem histórica⁴ e, portanto, podem assumir diferentes configurações no decorrer dos processos históricos.

Na concepção histórica dos direitos humanos, tem-se que os mesmos são frutos de determinado momento histórico, político e econômico-social de desenvolvimento da humanidade e positivados nos ordenamentos jurídicos através de reivindicações e lutas.

¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados.p. 13.

² Idem.Op.Cit.

³ RENAN, Aguiar – História do Direito. p.11

⁴ A abordagem histórica dos direitos humanos é a abordagem ao qual me filio, entendendo que o direito penal ou qualquer outra área específica do direito , ao ser estudada, analisada deverá considerar seus aspectos históricos, políticos, sociais, econômicos e culturais. Neste sentido a discussão a respeito da fundamentação, da universalização dos direitos humanos assume um caráter de complexidade, dada as diferenças entre as diversas nações.

Ao pesquisar sobre a história do Direito compreende-se que as primeiras formulações teóricas acerca dos Direitos do Homem “constituíram a expressão doutrinária dos direitos históricos dos colonos ingleses da América e um momento privilegiado da história de suas relações com a metrópole⁵.”

Os estudos realizados até então indicam que a análise da afirmação da ciência jurídica como garante dos Direitos Humanos perpassa o entendimento de qual fundamento baliza esta análise da origem dos Direitos Humanos. Destaca-se então a relevância do estudo desta fundamentação no entendimento da ciência jurídica como garante dos direitos humanos.

Avançando na discussão da universalização dos Direitos Humanos , necessário se faz analisar a concepção jusnaturalista dos direitos humanos⁶. Interpreta NINO⁷, que a abordagem jusnaturalista dos direitos humanos pode ser defendida pela ideia que “ há princípios que determinam a justiça das instituições sociais e estabelecem parâmetros de virtude pessoal que são universalmente válidos”¹ , num contexto de independência do reconhecimento ou não pelos indivíduos ou instituições.

Neste sentido um sistema normativo, uma lógica de aplicação da norma⁸ , mesmo quando reconhecida pelas instituições, pelo Estado, só alcança a qualificação como direito se os princípios citados anteriormente forem satisfeitos.

1. Da fundamentação histórica dos Direitos Humanos

⁵ RENAN, Aguiar – História do Direito. p.13

⁶Neste sentido os estudos de Fernandez apontam as características mais relevantes da fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos:

“(i) a origem dos direitos naturais não é de Direito Positivo, senão um tipo de ordem jurídica distinta do Direito Positivo, ou seja, o Direito Natural; (ii) tanto a ordem jurídica natural como os direitos naturais deduzidos são expressão e participação de uma natureza humana comum e universal para todos os homens; e, (iii) no que se refere a existência desses direitos, os direitos humanos existem e o sujeito os possui independentemente do seu reconhecimento ou não por determinada ordem jurídica”.

⁷ NINO, Carlos Santiago - Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de fundamentación. p. 14

⁸ “Segundo o entendimento dos Direitos Humanos na perspectiva do jusnaturalismo , os direitos, antes da positivação nas Constituições, nas Declarações de Direitos, enfim, da sua normatização, constituem verdadeiros direitos morais, intrinsecamente relacionados com a própria existência da humanidade e de seu desenvolvimento histórico, político, econômico e social. São direitos universais, válidos universalmente, inalienáveis, imprescritíveis, e, que garantem a dignidade do homem perante os demais e também sua autonomia, emancipação e liberdade frente ao poder do Estado”. RENAN, Aguiar – **HISTÓRIA DO DIREITO**. p.11

Na perspectiva da dimensão histórica dos direitos humanos os direitos humanos manifestam-se e são variáveis e relativos a cada contexto histórico e de desenvolvimento da sociedade.

Estudos de Fernandez⁹ apresentam diferenças da fundamentação histórica para a fundamentação jusnaturalista, apontando as seguintes questões: “ (i) no lugar de direitos naturais, universais e absolutos, fala-se de direitos históricos, variáveis e relativos; (ii) no lugar de direitos anteriores e superiores a sociedade, se fala em direitos de origem social provenientes do resultado da evolução da sociedade”¹⁰.

Bobbio¹¹, ao discutir os direitos do homem e da sociedade, entende que a afirmação dos jusnaturalistas -de que os direitos naturais ou morais absolutos são também direitos em relação a todos os outros sistemas normativos- pode ser refutada pela existência de diferentes códigos naturais e morais, “bem como pelo próprio uso corrente da linguagem, que não permite chamar de direitos a maior parte das exigências ou pretensões validadas doutrinariamente, ou até mesmo apoiadas por uma fonte e autorizada opinião pública, enquanto elas não forem acolhidas num ordenamento jurídico positivo”¹²

Para os defensores¹³ da fundamentação histórica dos direitos humanos a temática específica dos mesmos estará fundada nos valores constituídos em uma comunidade histórica concreta, segundo fins que essa mesma comunidade pretende realizar. Os

⁹ FERNANDEZ, Eusébio. Teoria de La Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Debate, 19847. Pág. 108 e 109.

¹⁰ FERNANDEZ, Eusébio. Teoria de La Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Debate, 19847. Pág. 108 e 109.

¹¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, pág 75

¹² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, pág 75

¹³ “Norberto Bobbio destaca-se como um dos defensores da fundamentação histórica dos Direitos Humanos. Para Bobbio, os direitos humanos são direitos históricos, e, foram conquistados ao longo dos tempos, à medida da evolução e necessidade da própria sociedade, daí o estudo e a teorização dos direitos humanos em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Desta forma a primeira geração de direitos seriam os direitos civis e políticos, os de segunda geração os direitos sociais, e, os de terceira geração, como exemplo, o de viver em um meio ambiente saudável e equilibrado.” AGUIAR, Marcus Pinto. Acesso à justiça nos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Ximenes Lopes versus Brasil- Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014

direitos assegurados e positivados seriam resultados de reivindicações e lutas pela afirmação dos mesmos e refletem o grau de desenvolvimento alcançado em determinada sociedade na afirmação de seus direitos enquanto cidadãos.

1.1. Da fundamentação ética dos Direitos Humanos

Para a fundamentação ética dos direitos humanos tem-se como ponto de partida que a fundamentação dos mesmos não pode ser apenas jurídica, mas baseada em valores, em uma fundamentação ética ou axiológica.

Nesta fundamentação, os direitos humanos aparecem como direitos morais¹⁴ como exigências éticas e direitos que os homens tem pelo fato de serem homens, e, portanto, com um direito igual a seu reconhecimento, proteção e garantia por parte do poder político e jurídico. “Direitos esses iguais, obviamente embasados na propriedade comum de todos eles enquanto seres humanos e iguais independentemente de qualquer contingência histórica ou cultural, característica física ou intelectual, poder político ou classe social”¹⁵.

A fundamentação ética dos direitos humanos fundamentais consiste na consideração destes direitos como direitos morais, “entendidos estes como o resultado de uma dupla vertente, ou seja, ética e jurídica”¹⁶. Partindo deste prisma, e tendo por base como um dos valores fundantes, o da dignidade da pessoa humana, pode-se chegar a uma análise ética de fundamentação dos diferentes direitos, pois não existe uma única fundamentação ética, senão diversas fundamentações para os direitos humanos.

1.2. Direitos Humanos na perspectiva da Sociologia Jurídica

¹⁴ “O termo direitos morais seria a síntese entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas ou valores e os direitos humanos entendidos paralelamente como direitos. O adjetivo “morais” aplicado a “direitos” representa tanto a idéia de fundamentação ética como uma limitação ao número e conteúdo dos direitos que podemos compreender dentro do conceito dos direitos humanos. Desta forma, somente os direitos morais, ou seja, os direitos que tem mais a ver intrinsecamente com a idéia de dignidade humana, podem ser considerados como direitos humanos fundamentais. O substantivo “direitos” expressa a idéia de que os direitos humanos estão entre as exigências éticas dos direitos positivos, mas também, a necessidade e pretensão de que, para sua “autentica realização”, os direitos humanos estejam incorporados no ordenamento jurídico, ou seja, que cada direito humano como direito moral corresponda paralelamente a um direito no sentido estritamente jurídico do termo”. FERNANDEZ, Eusebio. Teoria de La Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 35

¹⁵ FERNANDEZ, Eusebio. Teoria de La Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Debate, 1984

¹⁶ IDEM

Bobbio¹⁷ a constata “defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos do homem e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos nos Estados particulares e no sistema internacional “² e esclarece que “essa defasagem só pode ser superada pelas forças políticas”³ .

Neste sentido compreende-se a discussão tão presente entre os militantes dos Direitos Humanos de que a discussão não é de fundamentação e sim de garantia, de proteção dos direitos humanos. O cotidiano expresso nos noticiários de países em diferentes contextos econômicos e culturais ⁴ revelam desafios para a humanidade.

Compreender os Direitos Humanos numa fundamentação Sociológica implica em analisar as normas, os procedimentos da sua aplicação, considerando as relações entre o jurídico e o social, entre a ordem jurídica e seus contornos sociais⁵.

Aos estudiosos da Sociologia do Direito coube o mérito do reconhecimento da existência, ao lado dos direitos oficiais, legitimamente em vigor, dos sistemas jurídicos alternativos, algumas vezes denominados de informais, mesmo quando dotados de formas tão rígidas como o Direito. Desta forma em muitos sistemas jurídicos, foram reivindicados novos direitos¹⁸, fundados em novos titulares (mulheres, crianças, estrangeiros, minorias, deficientes físicos, consumidores, portadores de doenças, etc.).⁶

Bobbio analisa que, entre os estudiosos do Direito, “entre os cultores de disciplinas jurídicas”⁷, os sociólogos do Direito são os mais adequados para registrar, analisar este distanciamento entre o direito formalmente garantido na norma, nos sistemas jurídicos e a realidade. Nas palavras do próprio Bobbio : “ estão em melhores condições para documentar essa defasagem, explicar suas razões e, graças a isso, reduzir suas dimensões “⁸

¹⁷ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

¹⁸ Enquanto algum desses direitos transmitem as idéias de igualdade e de universalidade sobre as quais eram fundados os direitos subjetivos, outros transmitem a idéia de solidariedade, ou seja, de um equilíbrio como o ambiente social, político, jurídico, econômico, religioso, histórico, geográfico em uma situação pontual, hipótese que se remete mais a uma definição do direito como uma relação justa do que como um direito subjetivo inerente à pessoa”. ARNAUD, André-Jean. O Conceito de Direitos Humanos: Referências para a Compreensão de um Deslizamento Progressivo. In: Direito, Estado e Sociedade, PUC/Rio. Depto. Ciências Jurídicas, número 02, janeiro/julho, 1993. Pág. 03.

Com a noção dada pela sociologia do direito em relação aos direitos humanos e ao próprio direito como uma relação justa, faz-se a recuperação de uma tradição perdida pelo positivismo jurídico, dando relevo à figura do intérprete e da interpretação do direito.

As diferentes fundamentações⁹ acerca dos Direitos Humanos possibilitam a discussão a respeito da conceituação e do caráter universal dos Direitos Humanos. Neste sentido será discutida a seguir a conceituação dos Direitos Humanos no contexto da análise da coerência do procedimento para uma lógica aplicativa da norma, buscando compreender a afirmação da ciência jurídica como garante dos Direitos Humanos.

2. O que são Direitos Humanos?

Diferentes fundamentações conduzem a diferentes construções conceituais acerca dos Direitos Humanos. Neste sentido Boaventura dos Santos analisa que “a hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável”, todavia a “grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de direitos humanos.”¹⁰

Os Direitos Humanos¹⁹ podem ser definidos como o conjunto de princípios e de normas²⁰ fundamentadas no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e que visam assegurar o seu respeito universal e efetivo²¹

¹⁹ “O emprego da expressão “direitos humanos”, reflete essa abrangência e a conseqüente imprecisão conceptual com que tem sido utilizada. A expressão pode referir-se à situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas face à violência e à injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em conseqüência a sua prática BARRETTO, Vicente de Paulo. Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos. In: Direitos Humanos no Século XXI – Parte I. Rio de Janeiro: IPRI, Fundação Alexandre Gusmão, 1998. Pág. 375.

²⁰ “Os direitos do homem são aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro. Considera que os já existentes não podem ser retirados, vez que são necessários para que o homem realize plenamente a sua personalidade no momento histórico atual. Se alguns vêm da própria natureza humana que construímos, outros advêm do desenvolvimento da vida social. Na verdade, o homem nunca existiu isoladamente. MELLO. Celso D. de Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997. Pág. 05

²¹ ARNAUD, André-Jean. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. ARNAUD, André-Jean. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999. Pág.271 e 272.

Com fundamento na abordagem histórica dos direitos humanos entende Bobbio²², que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Entendemos que os direitos humanos são direitos fundamentais que o homem possui pela sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, mas são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir¹¹, como um *minimum* de direitos para a existência digna do ser humano perante o Estado, a sociedade e seus pares.

3. A universalização dos direitos humanos

A atribuição de direitos próprios à pessoa humana pode ser reconhecida ao longo da história, marcada por inúmeras lutas, não apenas cruentas, mas também ideológicas e filosóficas. Autores como Piovesan²³ e Donnelly²⁴ compreendem que a temática da universalização dos direitos humanos se dá principalmente a partir do período após Segunda Guerra Mundial. Não há nenhum outro registro histórico de inúmeras violações sofridas por milhões de pessoas em um período tão curto de tempo e com uma violência tão exacerbada e letal.

A leitura e análise da Declaração dos Direitos Humanos revelam a compreensão do Direito, da aplicação da norma e procedimentos numa perspectiva histórica, considerando que foram fatos históricos e, conseqüentemente, a análise crítica da contribuição destes fatos para a história da humanidade que deram origem à discussão da necessidade da Declaração de Direitos Humanos assim como de outros documentos fundamentados no caráter da defesa dos direitos do homem e da humanidade.

Jack Donnelly na sua obra *International human rights*¹² interpreta que não se afirma que a temática de Direitos Humanos não era tratada em período anterior à 2ª

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. p. 5

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 2. ed., ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011

²⁴ DONNELLY, Jack. *International human rights*. 3ª ed. Colorado: Westview Press, 2007

Guerra Mundial, todavia esta discussão era restrita à esfera da soberania estatal, excetuando algumas situações de direito humanitário.

Neste contexto de preocupação da comunidade internacional surge um conjunto de normas, um sistema de procedimentos e uma estrutura organizacional adequados para implantação do Direito Internacional dos Direitos Humanos- uma nova perspectiva do direito de proteção de âmbito global- com a finalidade de oferecer à pessoa humana mecanismos apropriados para resguardar não apenas os direitos que lhe são inerentes, mas também os que tem sido conquistados ao longo da história, assim como a promoção de outros que lhe sejam essenciais.¹³

3.1 A Declaração dos Direitos Humanos e o compromisso do Estado na promoção do respeito universal dos direitos e liberdades fundamentais

No âmbito do sistema de normatização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é, de fato, o documento que consolida o entendimento universal¹⁴ da igualdade entre todos os homens. Interessante ressaltar que quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos começou a ser pensada, o mundo ainda sentia os efeitos da Segunda Guerra Mundial, encerrada em 1945¹⁵.

De fato outros documentos já haviam sido consolidados como a Declaração de Direitos Inglesa (elaborada em 1689, após as Guerras Civis Inglesas, para pregar a democracia) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (redigida em 1789, após a Revolução Francesa, a fim de proclamar a igualdade para todos).²⁵

O marco de consolidação da fundamentação e afirmação dos Direitos Humanos irá ocorrer com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

²⁵ De acordo com Norberto Bobbio, “para a realização dos direitos do homem, são freqüentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los. Mesmo o mais liberal dos Estados se encontra na necessidade de suspender alguns direitos de liberdade em tempos de guerra; do mesmo modo, o mais socialista dos Estados não terá condições de garantir o direito a uma retribuição justa em épocas de carestia. Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitirem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. “BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 44 e 45.

proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e por fim, com a Convenção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que, enfatizou a implementação da proteção dos direitos, tal como nos foram legados pela tradição europeia, como também a defesa das garantias asseguradas por um processo democrático.

A Declaração dos Direitos Humanos¹⁶, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas apresenta no seu preâmbulo os elementos que fundamentam a construção da conceituação dos Direitos Humanos na contemporaneidade, quais sejam:

- O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo
- O reconhecimento de que atos de barbárie vivenciados na história da humanidade poderiam ter sido evitados pelo conhecimento e atenção aos direitos do Homem
- A proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;
- O encorajamento do desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;
- Compromisso dos Estados-Membros com a promoção do respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades¹⁷

A respeito do compromisso do Estado na defesa dos direitos humanos proposta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos é trazida à baila da discussão a preservação da soberania estatal. A partir do acolhimento interno desta legislação supranacional tem-se o fenômeno da coexistência de dois ordenamentos jurídicos autônomos dentro do Estado nacional, com possibilidade de ocorrência de conflitos de normas quando da aplicação do direito no caso concreto, especialmente nas questões relacionadas aos direitos humanos.¹⁸

Ora, Ramos¹⁹ compreende - ao analisar processos internacionais de direitos humanos- que este argumento do conflito de normas é inconsistente²⁰. A possibilidade

de aplicação de uma norma externa dentro do Estado nacional é possível pela condição de soberania do Estado em consentir a aplicação de outro sistema jurídico. A discussão na verdade trata-se da capacidade do Estado em proteger as pessoas mais vulneráveis e da garantia e eficácia dos direitos garantidos nas cartas constitucionais de cada Estado, bem como de outras normas do seu ordenamento jurídico.

Os direitos humanos encontram-se em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade; de outro lado, esses mesmos direitos, transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos²¹.

Num contexto internacional, os mesmos governos que contribuem para a idealização dos direitos humanos, declarando esses direitos, cuidadosamente, defendam interpretações particulares sobre a abrangência, o sistema de proteção e a própria fundamentação dos direitos humanos, num contexto conflitante entre textos legais e valores universais, configurando a discussão sobre direitos humanos como uma utopia, como algo a não ser possível de concretização.

O debate acadêmico sobre a temática expressou, até recentemente, uma aguda descrença nas possibilidades objetivas dos direitos humanos servirem como núcleo de uma ordem jurídica e política, que impedisse as violações dos direitos fundamentais da pessoa. A descrença intelectual não se refletiu, porém, no sentimento de revolta encontrado no homem comum, que em diversos países tem expressado a sua repulsa às políticas públicas e situações sociais violadoras desses direitos.²²

Ainda a respeito da discussão da capacidade do Estado²³ Boaventura dos Santos pontua da existência de uma tensão entre o Estado e o anti-Estado, referindo-se ao que ele intitulou de “ilusão da centralidade do Estado”²⁴ “

4. Direito Penal e a legitimação dos direitos humanos

A ilusão da centralidade do Estado proposta por Boaventura dos Santos “pode desviar a atenção das graves violações dos direitos humanos que são hoje cometidos por poderosos agentes não-estatais.”²⁵ O mesmo autor critica ainda que a “a aceitação da

ideia da indivisibilidade dos diferentes tipos de direitos humanos tem ocorrido mais no nível dos princípios do que no nível das práticas²⁶. “

A ideia trazida por Boaventura das ilusões e desafios²⁷ dos Direitos Humanos nos remonta à análise do distanciamento entre a realidade prática da vida em sociedade e aquilo que o Direito e, no caso do trabalho em questão, do Direito Penal, identificado muitas vezes pela maioria da população na sua dimensão punitiva, para além dos limites e regras do Estado democrático de direitos.

Ora, o direito não é fruto do acaso nem da comunhão geral da sociedade em torno de valores comuns expressos dessa ou daquela maneira, mas encontra-se determinado por fatores de índole mais ampla e complexa, tais como todos aqueles relacionados às alterações que se produzem na estrutura econômica e política da sociedade²⁸.

Diferente não poderia ser com o Direito Penal, tendo em vista que existe uma íntima relação entre o processo de transformação social e o próprio Direito Penal. Nesse sentido, as análises da discussão da coerência do procedimento para uma lógica aplicativa da norma, é possível compreender a ciência jurídica como garante dos Direitos Humanos desde que seja o real significado ideológico embutido decodificado e trabalhado em prol deste objetivo.²⁹

Se de um lado o Direito Penal utiliza-se da privação da liberdade para coibir condutas contra bens jurídicos tutelados, por outro lado, a liberdade humana tem que ser preservada através de uma incidência mínima dessa ferramenta de controle social, pois conforme já havia sido determinado “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias”. O uso abusivo da pena traz a perda da sua força intimidativa, “já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente”³⁰

De fato, a legitimação dos Direitos Humanos encontra-se sustentada através da teoria política proposta por Habermas, conferindo à questão da legitimidade uma dupla resposta, através da soberania popular e dos direitos humanos³¹.

O princípio da soberania popular³² estabelece um procedimento que, em razão de suas propriedades democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos.

Este princípio traduz-se nos direitos de comunicação e participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos.

Sob esses dois pontos de vista normativos, o direito produzido – quer dizer, um direito que é passível de modificação, deve ser legitimado como um meio para assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como em sua dimensão de cidadão.

Nesta discussão entre a coerência do procedimento para uma lógica aplicativa da norma conveniente se faz retomar um questionamento proposto por Habermas³³: Quais são os direitos fundamentais que cidadãos livres e iguais devem outorgar-se reciprocamente se querem regular legitimamente sua vida em comum através do direito positivo?

Segundo Habermas³⁴, “a autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente²⁶” Ora, a ideia da coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos encontra fundamento na teoria fundacional dos direitos humanos, com bases no pensamento iluminista. A primeira formulação desta ideia encontra bases nos escritos de Kant que considera a “vivência pacífica entre os povos não como um princípio moral, mas um princípio de direito”²⁷.

5. É possível a ciência jurídica garantir os Direitos Humanos?

A ampla legislação internacional e nacional sobre o tema expandiu o domínio dos direitos humanos, que deixaram de ser exclusivamente uma forma de direito pessoal e passaram a expressar, também, direitos sociais, econômicos, culturais e políticos, que se

²⁶“ A conexão interna entre democracia e Estado de Direito consiste em que, por um lado, os cidadãos apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se graças a uma autonomia privada assegurada são suficientemente independentes; e, por outro lado, só podem obter um equilibrado exercício de sua autonomia privada se, como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia pública. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são indivisíveis.” HABERMAS, Jürgen. Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos. In: Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC/Rio, Volume 17, agosto/dez 2000. Pág. 194 e 195

²⁷ “A idéia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico (moral), mas um princípio de direito.” KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. São Paulo: Ícone, 1993. Pág. 201 e 202.

afirmam no processo de liberalização e democratização da maioria das sociedades e dos Estados contemporâneos.³⁵

Defende Bobbio²⁸ que “o problema dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos”²⁹ .

Neste mesmo raciocínio liberdade política e as liberdades sociais são resultados do movimento dos trabalhadores , das exigências feitas aos poderes públicos não apenas do “ reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas³⁰”, mas também a proteção das vulnerabilidades sociais vivenciadas pela população que não possui acesso aos meios de produção, ao capital.

Por fim é imperioso compreender que o Direito Penal somente é legítimo na exata medida que sirva, não apenas para tutelar os valores tidos como essenciais em tal ou qual seio social, protegendo, pois, a sociedade como um todo e particularmente o cidadão, mas também de igual maneira, proteger o agente do delito e de eventuais arbitrariedades do Estado tutelando os seus direitos fundamentais enquanto pessoa humana que é.

Enfim, como bem indica Boaventura dos Santos, “a luta pelos direitos humanos enfrenta novas formas de autoritarismo que convivem com regimes democráticos “ constituindo assim um dos grandes desafios do direito penal, para além da coerência do procedimento para uma lógica aplicativa da norma, na construção do real entendimento da ciência jurídica como garante dos Direitos Humanos.

Referências

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

²⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 44 e 45

²⁹ De acordo com Norberto Bobbio, “para a realização dos direitos do homem, são freqüentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los.(...). A efetivação de uma maior proteção dos direitos humanos está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”. BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 44 e 45.

³⁰ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 44 e 45

FERNANDEZ, Eusébio. Teoría de La Justicia y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Debate, 19847.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos. In: Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC/Rio, Volume 17, agosto/dez 2000.

KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1993.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos .Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Celso A. A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas. In: Interesse Público, ano 04, número 14, abril/junho de 2002. Porto Alegre: Notadez, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos Humanos e Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SALDANHA, Nelson. Sociologia do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

LUIZI, Luiz. Princípios Constitucionais do Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Fabris,

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e Meio-Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor

