

# CONTEXTOS HISTÓRICOS E DIREITOS HUMANOS

*Tarcísio Henriques<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1 Considerações iniciais. 2 Economia e sociedade. 3 A institucionalização dos direitos humanos. 4 Direitos humanos ou direitos fundamentais? 5 A classificação dos direitos humanos. 6 A Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos. 7 Contextualização dos direitos humanos. 8 Considerações finais.

## 1 • CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os conflitos sociais concretos e o processo de aplicação das normas legais para a solução desses conflitos levam ao problema da construção de sentido das normas.

A teoria dos direitos humanos, estruturada a partir do processo histórico de institucionalização e reconhecimento desses direitos e das tentativas de sua classificação, seja em categorias ou dimensões, seja na busca de um fundamento de sua validade, não pode desconsiderar o contexto em que tais valores serão aplicados nas situações sociais concretas.

Nesse sentido, o exemplo da discussão em torno da possibilidade de adoção por casais homossexuais demonstra de uma forma clara os limites das teorias clássicas. Dessa forma, a efetividade desejada na aplicação de tais valores só será alcançada se contextualizarmos os direitos humanos e considerarmos elementos do caso concreto.

## 2 • ECONOMIA E SOCIEDADE

Ao apresentar uma síntese da República Velha, Winston Fritsch, alinhando o que classifica como os “focos de instabilidade” que marcaram o processo político daquele período histórico, aduz que foi

um dos poucos períodos da História republicana em que a sucessão de crises econômicas esgarça o tecido político além da sua possibilidade de resistência, ensejando não só um profundo redesenho das políticas econômicas, como das formas de organização do Estado. (FRITSCH, 1989).<sup>2</sup>

---

1 Procurador da República (MG). Professor do Ibmec em Belo Horizonte-MG e da Escola Superior Dom Helder Câmara (BH). Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

2 Fazendo menção a esta análise, em artigo jornalístico, Miriam Leitão aponta que os “focos de instabilidade” foram os seguintes: as “divergências entre São Paulo e Minas, [...] nos anos 1920”, a posição e o interesse dos “estados intermediários” – Rio, Rio Grande do Sul, Bahia e Pernambuco –, [que] queriam mais poder” e “o terceiro foco era o descontentamento dos ‘políticos dissidentes’, intelectuais e setores da imprensa com a natureza antidemocrática e centralizadora do regime” (LEITÃO, 2020, p. 6).

Esta concepção de crises econômicas permanentes e seus resultados políticos pode ser estendida de maneira a explicar outros períodos da nossa história. Miriam Leitão, por exemplo, lançando mão desta mesma implicação entre economia e política, sustenta que a mesma observação pode ser feita para o momento atual. Segundo ela,

o parágrafo acima, escrito [para] [...] descrever as primeiras décadas do século passado, soa perfeito para o atual momento. Aqui chegamos, com uma sucessão impressionante de crises que esgarçam nosso tecido político, social. (LEITÃO, 2020, p. 6).

Observo que aqui, de maneira mais ampla, a implicação das questões econômicas passa a “esgarçar” também o “tecido social”. É este esgarçamento que dá relevância ao tratamento das questões dos direitos humanos.

Só partindo deste processo, contextualizando-o, é possível compreender, de modo preciso e adequado, o sentido dos direitos humanos e a inevitável vinculação de todos eles como sendo consequência e resultado de um “processo de afirmação histórica”.<sup>3</sup>

### 3 · A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Hoje é ideia corrente a centralidade da previsão dos direitos humanos nos documentos constitucionais. A Declaração institucional destes direitos é um “dos momentos centrais de desenvolvimento e conquista” do constitucionalismo e “consagra as vitórias do cidadão sobre o poder” (MATTEUCCI, 2004, p. 353).

Esta constitucionalização é decorrência direta da noção de que “os homens têm direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o Estado deve reconhecer e garantir” (MATTEUCCI, 2004, p. 353), que acabaram por se transformar em critérios jurídicos de legitimação de “toda a associação política” (MATTEUCCI, 2004, p. 353).

Resenhando os antecedentes dessas declarações formais, Nicola Matteucci assim disserta:

para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar à *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, na qual se proclamava a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicavam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis

3 Como se pode exemplificar na decisão do processo de Extradicação n. 783, em que no voto do ministro Celso de Mello se encontra a seguinte afirmação: “A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do direito das gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos povos e das nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos”. (Ext. 783 QO-QO, rel. p/ o ac. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 28.11.2001, p. DJ de 14 nov. 2003).

(a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima. Na realidade, a *Déclaration* tinha dois grandes precedentes: os *Bills of rights* de muitas colônias americanas que se rebelaram em 1776 contra o domínio da Inglaterra e o *Bill of right* inglês, que consagrava a gloriosa Revolução de 1689. (MATTEUCCI, 2004, p. 353).

O processo histórico de reconhecimento desses direitos em uma perspectiva integral, desde a sua inserção formal nos textos das constituições, seja como princípios abstratos, seja como princípios ideológicos, atravessa os séculos seguintes, direcionando-se no sentido de uma imposição necessária aos poderes instituídos, de modo a viabilizar, ao final de tudo, condições jurídicas necessárias a que os direitos reconhecidos sejam efetivamente reconhecidos de modo a “se tornarem direitos juridicamente exigíveis” (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Toda a discussão teórica em torno da natureza desses direitos é assim assinalada por Nicola Matteucci:

os que defendem que tais direitos são naturais, no que respeita ao homem enquanto homem, defendem também que o Estado possa e deva reconhecê-los, admitindo assim um limite preexistente à sua soberania. Para os que não seguem o jusnaturalismo, trata-se de direitos subjetivos concedidos pelo Estado ao indivíduo, com base na soberania do Estado, que desta forma não se autolimita. Uma via intermediária foi seguida por aqueles que aceitam o contratualismo, os quais fundam estes direitos sobre o contrato, expresso pela Constituição, entre as diversas forças políticas e sociais. (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Qualquer que seja a natureza desses direitos, fundamental é o desenho jurídico de tutela e de efetividade estabelecido pelos diferentes ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, o sistema predominante é o norte-americano. Como sustenta Nicola Matteucci, “a tradição americana, desconfiada da classe governante, quis uma Constituição rígida, que não pudesse ser modificada a não ser por um poder constituinte e um controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelo legislativo” (MATTEUCCI, 2004, p. 354). Ainda em suas considerações, afirma:

Isto garante os direitos do cidadão frente ao despotismo legal da maioria. Os países que viveram a experiência do totalitarismo, como a Itália e a Alemanha, inspiraram-se mais na tradição americana do que na francesa para a sua Constituição. (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

A outra “tradição”, a francesa, como sustenta o mesmo autor, “se cingia à separação dos poderes, e sobretudo à autonomia do poder judiciário, e à participação dos cidadãos através dos próprios representantes, na formação da lei” (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Nossa constituição segue neste sentido: aproveita-se de aspectos das duas tradições, como seria inevitável, mas é no sistema do controle de constitucionalidade que estrutura suas mais adequadas práticas de tutela desses direitos.

#### **4 · DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS?**

Como bem elucida Fernando Aith, os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais estão “relacionados com os direitos básicos de cada ser humano” (AITH, 2013, p. 276). A distinção teórica entre os dois conceitos, ainda de acordo com o mesmo doutrinador, “reside exatamente no grau de reconhecimento que um determinado direito humano tem no ordenamento jurídico” (AITH, 2013, p. 277).

Vale, para uma síntese teórica dessa distinção, continuar citando as considerações de Fernando Aith:

A expressão *direitos humanos* é do século XX e veio substituir as expressões até então correntes, como direitos naturais ou direitos do homem. Revela a evolução destes direitos ao longo da história e insinua o porvir desta evolução. A expressão *direitos humanos* nos revela direitos que estão além daqueles verificados nos textos legais ou nos livros de direito: ela nos revela direitos morais, direitos que estão no cerne da existência de uma sociedade, de uma coletividade, ou ainda a consciência de uma ética coletiva.

Já a expressão *direitos fundamentais* é usualmente mais utilizada para se referir aos direitos humanos que já se encontram em fase mais adiantada de reconhecimento, positivados em um dado ordenamento jurídico, inseridos no ordenamento jurídico formal de um Estado ou de uma comunidade internacional por meio de Constituição, leis ou Tratados. (AITH, 2013, p. 276-277). (Grifos nossos).

Toda diferença, desta perspectiva, se encontra na amplitude dos direitos: “enquanto a expressão *direitos humanos* possui uma acepção mais ampla, a expressão *direitos fundamentais* mostra-se mais restrita”<sup>4</sup> (AITH, 2013, p. 277, grifos nossos).

Considerando a própria evolução histórica desses direitos e a necessidade “irrecusável de admitir” a ampliação das hipóteses de proteção jurídica e dos sujeitos protegidos, seria necessária a estruturação de um termo que pudesse designar essas espécies de direitos.

Sustentar-se-ia, nesse sentido, um retorno aos direitos naturais, abrangendo inclusive a hipótese de reconhecimento de proteção jurídica mais efetiva para outros seres vivos. Contudo, enquanto não se viabiliza esta ampliação, o mais adequado é a utilização da terminologia mais ampla possível: direitos humanos.

## 5 · A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ainda lançando mão das considerações teóricas feitas por Nicola Matteucci, os direitos humanos podem ser classificados em três grandes grupos: “civis, políticos e sociais” (MATTEUCCI, 2004, p. 354). Segundo o autor mencionado, e no que interessa,

4 Em acréscimo a tais argumentos, Fernando Aith reproduz passagem de Fábio Konder Comparato: “[n]ão é difícil entender a razão do aparente pleonasma da expressão direitos humanos ou direitos do homem. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Mas como reconhecer a efetiva vigência destes direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade? É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica alemã, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são direitos humanos reconhecidos como tal tanto pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.... Por outro lado, se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos e não apenas reconhecer sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado pode também suprimi-los, ou alterar o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis. É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência da ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da pessoa humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais” (AITH, 2013, p. 277; COMPARATO, 1999, p. 45, 46 e 47).

Os [civis] são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e de liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito de outros.[...] obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial, implicam, por seu lado, um comportamento ativo por parte do Estado ao garantir aos cidadãos uma situação de certeza. (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Eis um adequado quadro teórico para se desenvolverem considerações sobre tais direitos.

De um início restrito, voltado para a “garantia” de direitos e interesses individuais, o reconhecimento histórico posterior dos direitos humanos nos coloca diante de uma situação social mais complexa, em que se passa a ver o indivíduo não como um cidadão isolado, mas membro de um grupo social e se constrói um conjunto de direitos relacionados a essa nova perspectiva. De um Estado que não precisa fazer, passivo, passa-se à ideia de que ele deve agir, desenvolvendo ações que atendam a interesses sociais, inevitavelmente mais amplos do que os anteriores.

Nas palavras de Nicola Matteucci,

viu-se que o indivíduo não é tão livre e autônomo como o iluminismo pensava que fosse, mas é um ser frágil, indefeso e inseguro. Assim, do Estado absentista, passamos ao Estado assistencial, garante ativo de novas liberdades. O individualismo [...] foi superado pelo reconhecimento dos direitos dos grupos sociais: particularmente significativo quando se trata de minorias (étnicas, linguísticas e religiosas), de marginalizados (doentes, encarcerados, velhos e mulheres). (MATTEUCCI, 2004, p. 354).

Nesse contexto, são apresentadas as disposições normativas, sobretudo as de natureza constitucional, que, mais do que reconhecer esses direitos, apontam para o processo social complexo de sua implementação e garantia. No fim, só a “coexistência” ou “existência solidária” e só o processo conjunto de defesa desses direitos permitem que a sociedade se desenvolva e atinja seus principais objetivos.

Isso se torna mais relevante hoje, num período histórico em que são atacados os direitos sociais das minorias em nome de uma pretensa vontade soberana da maioria circunstancial formada pelos movimentos eleitorais distorcidos pelas informações abundantes e falsas das redes sociais.

É preciso um retorno ao texto constitucional.

## **6 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS**

Nos artigos iniciais do texto de nossa atual Constituição, encontram-se muitos dispositivos que apontam para a fundamentalidade dos direitos humanos.

Assim, são indicados no art. 1º e seus incisos os fundamentos da República brasileira. Vale ressaltar, especificamente, a indicação da cidadania (inciso II) e da dignidade da pessoa humana (no inciso III) como valores fundamentais, e a própria

concepção do Estado como um “Estado Democrático de Direito”, objeto de expressa menção no *caput* desse artigo.

No art. 3º da Constituição, o constituinte originário fez inscrever como “objetivos” expressos do Brasil os seguintes:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesses dispositivos, pode-se encontrar embasamento para a construção das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos humanos.

Não fossem tais dispositivos suficientes, o constituinte ainda se dignou, antes de tratar os direitos humanos no art. 5º, de relacionar os “princípios” que deveriam nortear nossas “relações internacionais”. É o conteúdo do art. 4º, com a seguinte redação:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Neste conjunto de “princípios”, merece expressa menção a ideia de que em nossas relações devem “prevalecer” “os direitos humanos” e a defesa de ações de cooperação para “o progresso da humanidade”, como indicam os incisos II e IX acima transcritos.

Sobre a ideia de prevalência dos direitos humanos, o STF já deixou consignado, em decisão relatada pelo ministro Maurício Corrêa, que

no Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. [...] A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. (BRASIL, 2004).

Essa prevalência dos direitos humanos pressupõe a ideia de que a sua implementação não deve sofrer retrocesso, e o próprio Supremo Tribunal Federal faz “uso da doutrina de não regressividade” (SAMPAIO, 2013, p. 399) dos direitos humanos.

Como sustenta José Adércio Leite Sampaio neste preciso sentido:

Com relativa frequência, o Supremo Tribunal Federal tem feito uso da doutrina de não regressividade dos direitos fundamentais, quase sempre limitados aos de caráter prestacional. Entende-se que os padrões de efetividade jusfundamental atingidos não podem retroceder. Vale dizer que dada promoção de direitos passa a integrar seu conteúdo e objeto como uma barreira que se impõe a práticas estatais que lhe sejam contrárias. O nível de efetivação de um direito compõe, desde o seu atingimento, o aspecto ou dimensão negativa desse direito, criando um dever de abstenção de interferência estatal que não seja para ampliá-lo. De acordo com a Segunda Turma: “o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais [como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.], assume o dever não só de torná-los efetivos, mas também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados”<sup>5</sup> (SAMPAIO, 2013, p. 399).

Não é só no âmbito dessa questão social, mas sobretudo no que se refere à ideia de que não há “regressividade” possível no nível de efetividade dos direitos humanos, que se deve compreender, a partir de uma contextualização histórica, o sentido jurídico desses próprios direitos.

## 7 · CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são resultado de um processo histórico social. Só podem, pois, ser compreendidos com sua contextualização histórica e a avaliação de sua decorrente evolução. Nessa perspectiva, Robério Nunes dos Anjos Filho aduz:

Como se sabe, os direitos humanos são um objeto histórico-cultural, e, como tal, estão sujeitos a um contínuo processo de transformação, o que é natural diante do caráter extremamente dinâmico das nossas sociedades. Embora se espere que cada conquista obtida não apenas se solidifique, por meio de sua efetiva concretização na vida de todos, como, ainda, se some a outras futuras, a verdade é que não há qualquer certeza quanto à manutenção desses direitos, pois as mudanças político-sociais nem sempre são positivas: é fato que algumas sociedades do mundo vivem hoje dias nos quais antigas conquistas em termos de direitos humanos, especialmente no campo das liberdades e da igualdade de gênero, foram mitigadas ou mesmo perdidas. Uma prova dessa realidade é a construção teórica do princípio da vedação ao retrocesso, que tenta pôr a salvo os avanços alcançados pelas gerações passadas. (ANJOS FILHO, 2013, p. 9).

Tais considerações, antecipando em anos o momento que hoje vivemos, mostram e demonstram a dinâmica do processo de efetivação dos direitos humanos.

O “catálogo de direitos fundamentais” (ANJOS FILHO, 2013, p. 9) extraído do próprio texto constitucional, assim, é submetido a “ações e discursos que buscam enfraquecer, desmerecer ou extinguir os direitos humanos protegidos” (ANJOS FILHO, 2013, p. 9). Exemplos desse processo são dados pelo mesmo autor, como

a frequente tentativa de esvaziar o conteúdo dos direitos humanos em geral sob a falsa premissa da necessidade de concretizar a qualquer custo um deles. Um dos pseudo confrontos entre direitos humanos mais recorrentes, no Brasil e no mundo, diz respeito ao direito à segurança, cuja concretização exigiria abrir mão

---

5 A afirmação jurisprudencial é extraída da decisão no ARE-AgR n. 639.337/SP.

da liberdade. Mas há muitos outros [exemplos] para os quais temos que estar bem atentos, como, por exemplo, aquele que busca atacar políticas de ações afirmativas voltadas à promoção da igualdade material porque as mesmas violariam a igualdade formal. (ANJOS FILHO, 2013, p. 9 e 10).

Assim, a efetividade e a própria compreensão de sentido dos direitos humanos pressupõem “atenção” permanente do intérprete e a atribuição de significados que eles lhe fazem.

Como sustentam Bernardo Gonçalves Fernandes e Renan Sales de Meira, “qualquer tentativa de efetivação dessas garantias individuais [e dos próprios direitos humanos] permeia o âmbito dos discursos, quer sejam os de justificação – [...], quer sejam os de aplicação [...]” (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 53).

Ainda de acordo com esses autores, tais circunstâncias levam à necessidade de uma “reconstrução discursiva” desses direitos e ponderam que

falar em, por exemplo, um “direito à igualdade” só possui importância prática na medida em que, por meio da linguagem, estabelece-se qual o significado, para aquela comunidade, essa expressão significa: quais as obrigações que dela derivam, qual a deontologia por trás dessa. “Direito à igualdade”, por si só, não corresponde a nada se não estiver contextualizado em uma sociedade concreta, o que quer dizer, portanto, que como palavras “deslocadas” de uma situação que lhe atribua um significado, representante da exigência jurídica contida nessas, nenhuma – ou quase nenhuma – utilidade possuirá sua invocação na retórica judicial. [...] É preciso reconhecer que a interpretação de qualquer coisa perpassa necessariamente pela noção de uma fusão de horizontes, em que o intérprete, por meio de suas tradições e pré-conceitos busca compreensão de algo [...] uma antecipação de sentidos, que irão, posteriormente, ser reconstruídos pelo diálogo com a coisa a ser interpretada [...] a compreensão da deontologia presente nas garantias individuais dependem de sua contextualização com o mundo-da-vida do intérprete, capaz esse não de meramente “ler” o que os direitos fundamentais lhe impõem, mas de construir conjuntamente com o texto (e dos sujeitos por detrás dele) e com a comunidade na qual está inserido os significados dessas. (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 53-54).

Sucintamente, isso quer dizer que o contexto determina o sentido, mas este só pode ser definido socialmente. Por essa razão, esse processo deve acontecer na mais ampla discussão social, com o envolvimento efetivo de todos.

Nas palavras dos autores citados, e complementando as considerações acima,

[a] efetivação das garantias individuais não seria fardo a ser deixado “nas mãos” dos magistrados, como se coubesse unicamente ao Poder Judiciário executar as “promessas não cumpridas” do poder constituinte; antes, cabe a todos, permeados pelo diálogo, readequar quais são essas exigências a cada contexto específico, cooperando para a efetivação dessas. Não se trata, portanto, da busca pela realização de ideais abstratos, mas de se ter consciência que cada “ideal” só faz sentido ante a compreensão de sua contrafacticidade com a realidade. (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 54).

A expressa menção ao “diálogo”, na passagem acima, realizado no âmbito de “cada contexto específico” assegura e viabiliza uma construção adequada do sentido e dos efeitos dos “ideais abstratos” (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 54) alinhados nos textos constitucionais que tratam dos direitos humanos.

Essa perspectiva teórica inverte a “tendência clássica” (FERNANDES, 2015, p. XVI) de compreensão do direito. Como aduz Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes, as pessoas agem no dia-a-dia sem se perguntarem sobre as condições que lhes permitem conhecer o mundo, [...] acreditam que o comum é que possam conhecer racionalmente cada coisa devido a suas características singulares (essência) que às distinguem de outras coisas. [...] No Direito, há como no senso comum, uma tendência a atuarmos do mesmo modo. Há uma tendência clássica em categorizar, definir e classificar conceitos assumindo-os como verdadeiros sem se preocupar em como chegamos aos conceitos e sobre o modo como lidamos com eles [...]. (FERNANDES, 2015, p. XVI).

É importante, assim, reconhecendo que “não há como chegarmos à essência das coisas, [porque] conceitos não conseguem esgotar o objeto conceituado e chegar à essência das coisas” (FERNANDES, 2015, p. XVII), direcionar o trabalho de interpretação das “coisas” jurídicas para o contexto.

Nos argumentos que apresentam para construção desta perspectiva de compreensão dos conceitos jurídicos, Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota apontam que “mesmo os positivistas já haviam percebido” (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 5) que

os conceitos e coerências de que dispomos simplesmente não se encaixam perfeitamente nas coisas que se apresentam a nós [...] os conceitos não conseguem esgotar o objeto conceituado e chegar à essência das coisas [...]. (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 5).

Isso porque, como sustentam os autores mencionados,

ao menos a partir de Hart, já estava claro que a compreensão de qualquer texto não pode ser alcançada tão somente com as dimensões sintáticas e semânticas, pois o contexto de aplicação, como hoje nos parece tão natural, não pode ser olvidado.

Será que, para compreender o sentido de expressões como “boa-fé”, “dignidade da pessoa humana”, “honra subjetiva”, “esfera íntima”, “abalo moral”, “devido processo legal” e outras tantas cunhadas sob a perspectiva de uma “cláusula geral”, basta verificarmos a posição em que elas aparecem na oração (sujeito ou predicado) e conferidos no dicionário o respectivo significado?

Sabemos que não. Também sabemos que os conceitos mudam. Mas por que mudam? [...] as pessoas enxergam as mudanças e as intoxicações com problemas de compreensão alocados na linguagem. “Os” termos e expressões é que seriam ambíguos, “a” linguagem é que seria obscura e, assim, vista como um ente externo ao homem, uma mera ferramenta para descrição do mundo.

[...] [a] ambiguidade está em nós! Ou seja, ambiguidade, obscuridade e quaisquer intoxicações não estão na linguagem, e, sim, em nós, porquanto a linguagem nos constitui! (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 5-7).

Tudo isso para lembrar que a “completa definição de alguma coisa é algo impossível” (CRUZ; WYKROTA, 2015, nota 16, p. 6) e isso nos obriga a reavaliar permanentemente nossas concepções e conceitos, contextualizando-os nas situações concretas a serem decididas.

Um bom exemplo em que tais perspectivas teóricas podem ser demonstradas está nas adoções por homossexuais.

Voltemos à lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Fernanda Monteiro Saldanha, que, a respeito de tais adoções, alegam que, “diante de um conflito pela guarda de um menor de idade, deve-se [ante o que determina o art. 227 da Constituição Federal] dar preferência para aquela pessoa ou família que possa proporcionar o melhor bem-estar daquele indivíduo em formação” (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 88).

Esta é uma perspectiva utilitarista, como apontam os autores mencionados, em que se constrói a solução jurídica baseada em “um cálculo utilitarista de atendimento ao melhor interesse da criança” (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 88).

Os mesmos autores questionam acerca de uma situação como essa:

O que está por trás desse entendimento? A simples obediência à legislação e ao *standard* do melhor interesse do menor? Ou a repulsa por um modelo de família que não se encaixa nos moldes da tradição brasileira?

Se a argumentação utilitarista precisa ser afastada, [...] ela deve começar pela desmistificação de que seja uma postura neutra e imparcial diante de valores humanos.

A preferência pela realização de adoção de menores por heterossexuais em face da adoção por homossexuais, ou até mesmo pela recusa da possibilidade de adoção por homossexuais, tem como fundo a ideia de que uma família formada por um menor e por um adotante homossexual constitui uma família de segunda categoria. [...] justificativa [...] imbuída da ideia de que um “desvirtuamento” sexual prejudicará a formação social do menor, sendo que essas mesmas características não são vistas nas famílias formadas por laços de consanguinidade e naquelas constituídas por um adotado e um adotante heterossexual. (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 88).<sup>6</sup>

Eis uma situação concreta em que a opção teórica por uma interpretação é feita sem a compreensão de que as relações sociais são mais ricas em contextos do que se quer admitir. É essa riqueza do contexto que deve levar à posição de reavaliação permanente dos fundamentos argumentativos ou normativos dos interesses em conflito.

Não há outro caminho para uma efetiva aplicação dos valores construídos em torno dos direitos humanos estabelecidos nos textos constitucionais. Sem essa preocupação tais valores permanecerão frases no papel.

## 8 · CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se em tempos diferentes hoje. Poucos foram os instantes em que as ações humanas foram mais importantes do que a própria existência humana. O momento

---

6 Como sustentam, nesta situação, os mencionados autores: “não se trata simplesmente da escolha entre um casal homossexual e um orfanato público. Trata-se da necessidade infinita do ser humano de ser amado por uma família. Não há, portanto, base para comparação, pois não há régua para medir o amor. Nesse sentido, a defesa de Maria Berenice Dias: ‘As justificativas [para a resistência à adoção por casais homoafetivos] são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar; ausência de referenciais de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando; obstáculos da Lei de Registros Públicos, entre outros. Mas o motivo é um só: o preconceito. É enorme a dificuldade de aceitar os pares do mesmo sexo como família. Há a crença de que se trata de relacionamento isento de perfil de retidão e moralidade. [...] Negar a possibilidade de reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber’” (CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 89 e DIAS, 2011, p. 499-500).

pandêmico convida nações a fecharem suas fronteiras, a buscar a proteção de seus nacionais, ainda que em detrimento do sentimento de solidariedade que deveria guiar as práticas internacionais para enfrentamento dessa realidade. Essas decisões são equivocadas e não trarão a desejada proteção em meio ao progressivo alastrar-se do vírus.

Exatamente por essa razão é que nunca foi tão oportuna a discussão sobre a natureza supranacional dos direitos humanos.

Há muito, reconheceu-se o Direito como ciência, e de fato ele o é. E é, pois, em razão disso que ele cumpre sua função essencial de harmonizar a convivência humana, promovendo com isso a pacificação social.

Esse escopo, quando se tem em conta a realidade mundial de hoje, só é passível de ser atingido se a supranacionalidade dos direitos humanos for considerada princípio fundamental de cada nação, transformando-se no fundamento normativo da própria ideia de Estado de Direito: Estado de direitos humanos.

As ordens econômica e social mundiais revelam que não é mais suficiente a centralidade dos direitos humanos nos espaços nacionais ou em seus documentos constitucionais específicos. Para além, o cenário que se apresenta reclama essa mesma centralidade não só nos diplomas legais internacionais, mas em toda política governamental com potencialidade de repercutir na ordem econômica. A centralidade dos direitos humanos há de ser, portanto, transnacional, supranacional, ou, em um arrastado neologismo, a-nacional, em obsequiosa postura ao objetivo que se impõe de construção de uma sociedade mundial justa, solidária e, principalmente, impregnada de humanidade.

Esse é, pois, o único caminho possível de ser seguido, o único objetivo passível de ser perseguido para que se consolide o processo de reafirmação histórica dos direitos humanos no cenário mundial.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para efetivação de um direito social. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 268-305.

ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC n. 82.424. Rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17.9.2003, p. *DJ* de 19 mar. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SALDANHA, Fernanda Monteiro. Por uma interpretação não utilitarista do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 52-113.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. vol. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1-51.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. Prefácio do Volume I. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *(O) outro (e) (o) Direito*. v. I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. XV-XXIX.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; MEIRA, Renan Sales de. A reconstrução discursiva dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 38-57.

FRITSCH, Winston. Apogeu e crise na Primeira República. In: ABREU, Marcelo de Paiva (org.). *A ordem do progresso: 100 anos de política econômica republicana, 1889-1989*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1989. p. 6-8.

LEITÃO, Miriam. Um jornal que aprendeu a não ter medo de crise. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, edição do dia 29 de julho de 2020.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

MEIRA, Renan Sales de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A reconstrução discursiva dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 38-57.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Da cláusula do não retrocesso social à proibição de reversibilidade socioambiental. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). *Direitos humanos e direitos fundamentais, diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 391-417.