

BREVE DISCUSSÃO SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO E A NECESSIDADE DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A SHORT DISCUSSION ON CONSTITUTIONALITY CONTROL: FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION AND THE NEED FOR THE AFFIRMATION OF HUMAN RIGHTS

BREVE DISCUSIÓN SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LA NECESIDAD DE AFIRMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lúcio Carvalho de Mello¹
Eduardo Biacchi Gomes²

Resumo

Este artigo busca contextualizar hodiernamente o grave momento de crise ética e jurídica no campo de direitos humanos. Apresenta, para tanto, a crescente construção do cenário nacional e da perspectiva global dos direitos humanos, em relação, principalmente, ao que foi debatido no Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Esse tema aqui será exposto com ênfase, mas ainda incluindo na apresentação o conceito de necropolítica e dos direitos constitucionais que devem garantir a efetivação dos direitos humanos no Brasil. Este artigo expõe gradativamente os pensamentos contemporâneos sobre a afirmação dos Direitos Humanos, de modo a apontar, na necropolítica, ao menos uma injustiça. Ainda oferece premissas para contribuir com o debate na construção de Direitos Humanos, cada vez mais efetivos e presentes, visto ser esta uma construção constante e necessária para a própria democracia.

Palavras-chave: direitos humanos; necropolítica; Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Abstract

This article tries to contextualize the actual serious moment of ethical and legal crisis in human rights. Therefore, it presents the growing construction of the national scenario and the global perspective of human rights, mainly concerning what was debated in the Congress on the American Convention on Human Rights (ACHR). This theme will be exposed here with emphasis, but still including in the presentation the concept of necropolitics and constitutional rights that must guarantee the effectiveness of Human Rights in Brazil.

This article gradually exposes contemporary thoughts on the affirmation of Human Rights to point out, in the necropolitics, at least one injustice. It also offers premises to contribute to the debate in the construction of Human Rights, which are increasingly effective and present, since this is a constant and necessary construction for democracy itself.

Keywords: human rights; necropolitics; American Convention on Human Rights (ACHR).

Resumen

Este artículo trata de contextualizar, en los días actuales, el grave momento de crisis ética y jurídica en el campo de los derechos humanos. Para ello, presenta la creciente construcción del escenario nacional y la perspectiva global de los derechos humanos, relativa, sobre todo, a lo que se discutió en el Congreso sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Se expondrá ese tema de forma enfática, y se incluye en la presentación el concepto de necropolítica, así como los derechos constitucionales que deben garantizar que los

¹ Bacharel Licenciado em Filosofia pela UFPR e Graduando em Direito pela UNINTER. E-mail: luciomello.lmc@gmail.com.

² Doutorado em Direito pela UFPR e Pós-Doutorado em Estudos Culturais pela UFRJ. E-mail: eduardo.g@uninter.com.

derechos humanos se hagan efectivos en Brasil. El artículo muestra paulatinamente los pensamientos contemporáneos sobre la afirmación de los Derechos Humanos, de forma a apuntar, en la necropolítica, por lo menos una injusticia. También ofrece premisas para contribuir con el debate de la construcción de los Derechos Humanos, cada vez más efectivos y presentes, por cuanto esa es una construcción constante y necesaria para la democracia.

Palabras-clave: derechos humanos; necropolítica; Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

1 Introdução

Através de abordagem especulativa, pretende-se trazer uma discussão sobre a situação atual dos Direitos Humanos Internacionais e sua correlação com o cenário constitucional, apontando-se oportunamente o fenômeno da necropolítica como injustiça observável. Espera-se que, através do debate dos Direitos Humanos e das relações com os Estados, se aponte a necessidade comum entre os autores de se pensar e efetivar um direcionamento mais adequado ao complexo cenário global; este debate tem urgência, pois como nos ensinou Bobbio:

A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o isola já o perdeu (BOBBIO, 2004, p. 45).

Sem jamais esquecer o que nos ensinou Durkheim:

[...] seria preciso conhecer um fato que pudesse servir para medir o nível de moralidade média e observar em seguida como ele varia na medida em que a civilização progride. Infelizmente, esta unidade de medida nos falta; mas possuímos uma para a imoralidade coletiva. O número de suicídios, dos crimes de todo tipo, pode com efeito servir para marcar a elevação da imoralidade em uma dada sociedade (DURKHEIN, 1983, p. 24).

Assim posto, acompanharemos a questão dos Direitos Humanos na atualidade; a Constituição do Brasil e seu laço com a efetivação dos Direitos Humanos; a necropolítica e seu conceito de soberania e poder sobre a vida e a morte; a importância dos Direitos Humanos e a relação internacional dos Direitos Humanos; finalmente, poderemos chegar a uma conclusão, e aqui ilustra-se oportunamente a passagem dos ensinamentos de Stuart Mill:

Toda ciência compõe-se de dados e conclusões desses dados, de provas e de coisas provadas. Ora, a lógica estabelece que relações devem existir entre os dados e o que quer que seja concluído a partir deles, entre as provas e a coisa a ser provada. Se há relações tão indispensáveis, e se elas podem ser determinadas com precisão, qualquer ramo particular da ciência, assim como qualquer homem na orientação de sua própria conduta, tem que se submeter a tais relações, sob pena de fazer inferências falsas, de tirar conclusões que não estejam fundamentadas na realidade das coisas. Tudo o que, em qualquer época, foi justamente concluído, todo conhecimento não-intuitivo, dependem da observação das leis estabelecidas pela lógica. Se as conclusões são

rigorosas, e o conhecimento real, é porque essas leis, conhecidas ou não, foram observadas (MILL, 1984, p. 86).

Este artigo se apresenta, pois, com a sincera intenção de poder contribuir para o campo do debate e construção dos Direitos Humanos e de sua efetiva aplicação, oferecendo um caminho de premissas para orientar-nos a um mundo menos injusto, na esperança de que tais orientações possam vir a se tornar uma realidade. Com essa esperança, esse artigo já cumpre, ao menos para os envolvidos em sua elaboração, uma grande conquista ideológica.

2 Relato sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos

De modo a situar o leitor com os acontecimentos mais recentes, este artigo relata que, em março de 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sediou o Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Adotada há meio século, em San José da Costa Rica, e em vigor há mais de 40 anos, a CADH é tida como um dos mais importantes documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.³

Como se pretende uma ambientação do leitor, este artigo relata na íntegra a chamada do evento coberto pela Revista Consultor Jurídico:

O STJ, a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e a Corte Europeia de Direitos Humanos realizaram chamada para o recebimento de artigos no âmbito do evento. As contribuições selecionadas serão posteriormente publicadas em obra coordenada pelo presidente do STJ, ministro João Otávio de Noronha, e pelo juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos Paulo Pinto de Albuquerque.

A publicação foi agendada para 25 de setembro de 2020, data em que o Brasil celebrará o 28º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tanto a versão impressa quanto a digital da obra serão realizadas, no Brasil, pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) (STJ, 2020, n.p.).

Já dizia José de Alencar desde os tempos do império: “Quando se elucida, na tribuna ou na imprensa, uma tese constitucional é dever do cidadão manifestar com franqueza ao país seu pensamento. É assim, que de molécula em molécula se forma a opinião pública” (ALENCAR, 1867, p. 5).

Na abertura do segundo e último dia do Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o ministro presidente do STJ, João Otávio de Noronha, afirmou nesta sexta-feira (13/4) que é necessário reavivar os direitos humanos e fundamentais em momentos de crise como o vivido atualmente. “É preciso muita luta

³ A realização do Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) foi coberta pela Revista Consultor Jurídico, em matéria onde não consta o nome do jornalista responsável pela reportagem aqui utilizada para expor os acontecimentos; o texto é de autoria e responsabilidade da revista. Revista **Consultor Jurídico**, 14 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/preciso-reavivar-direitos-humanos-fundamentais-noronha>. Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 27-43, jul./dez. 2021

e muita persistência, e eventos como este congresso nos lembram disso", declarou (É PRECISO REAVIVAR..., 2020, n.p.).

Nesse sentido, é imprescindível recorrer ao marco histórico que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde diz que: "Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos [...]"⁴, para lembrar a responsabilidade dos Estados no respeito aos Direitos Humanos. Por isso, a relevância desse Congresso.

Dando continuidade ao relato do evento,

No painel sobre "Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", o ministro do Tribunal Superior de Trabalho Augusto César Leite de Carvalho, tratou dos direitos de proteção ao trabalho do ponto de vista do direito internacional. Ele afirmou ser necessária uma visão do papel provedor do Estado, garantidor do direito à educação e a um meio ambiente equilibrado.

Para o ministro, debater esse assunto no seminário foi importante. Segundo ele, quando se fala na divisibilidade dos direitos humanos, ainda não há a compreensão necessária sobre as dimensões desses direitos

"É preciso que falemos cada vez mais sobre o conteúdo jurídico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, para que possamos efetivamente avançar e perceber a importância desse tema", ressaltou o magistrado (É PRECISO REAVIVAR..., 2020, n.p.).

O controle de constitucionalidade se define como

[...] juízo relacional que procura estabelecer uma comparação valorativamente relevante entre dois elementos, tendo como parâmetro a Constituição e como objeto a lei (sentido amplíssimo), os fatos do processo legislativo (regulamento procedimental) ou a omissão da fonte de produção do direito (DIMOULIS; LUNARDI, 2016).

Ainda sobre o evento:

Augusto César finalizou sua apresentação lembrando que os direitos humanos devem dialogar com o direito em todas as suas dimensões. Devemos compreender que, quando falamos de direito à vida e à liberdade, nós precisamos ter como pressuposto a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, finalizou (É PRECISO REAVIVAR..., 2020, n.p.).

O Ministro Gilmar Mendes, importante defensor da Constituição, indica que "É indispensável que o estudo dos direitos fundamentais e de suas limitações não perca de vista a

⁴ Disponível em: <http://citrus.uspnet.usp.br/dh/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

Acesso em: 23 jan. 2021.

Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 27-43, jul./dez. 2021

sua estrutura dogmática (MENDES, 2012, p. 33). Diz ainda sobre os direitos individuais e suas restrições que:

Certos direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo. Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais (MENDES, 2012, p. 34).

Hodiernamente, e de maneira complementar, pode-se entender uma certa frustração da população com o Estado Democrático de Direito, diante do distanciamento gerado pelo entendimento das leis e pela efetivação real dos direitos individuais, como ilustra Flávia Piovesan:

Flávia Piovesan, comissária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alertou para o fato de muitas pessoas na América não acreditarem mais na democracia e mostrarem total descrença na política, o que abre espaço para o "populismo autoritário" em uma região que concentra os países com maior desigualdade social no mundo.

"Mesmo assim, o Brasil está consolidando o Estado de Direito. É um sistema resiliente em tempos difíceis de populismo autoritário e tendência a visões unilaterais", comentou. Ela aposta na continuidade da luta por direitos humanos assegurados para todos (É PRECISO REAVIVAR..., 2020, n.p.).

Nesse sentido, Gilmar Mendes escreve que, não raro, o constituinte confere ao legislador ordinário um amplo poder de conformação, permitindo que a lei concretize ou densifique determinada faculdade fundamental (MENDES, 2012, p. 38) e essa é uma citação importante tendo em vista o cenário brasileiro e a necessidade do operador de Direito de se ater à sua função de proteção constitucional e democrática, quando houver uma disputa entre o certo e o legal. É o que se extrai dessa passagem:

Por isso, assinala-se na doutrina a peculiar problemática que caracteriza os direitos com âmbito de proteção marcadamente normativo: ao mesmo tempo que dependem de concretização e conformação por parte do legislador, eles devem vincular e obrigar o Estado. Em outros termos, o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele tenha livre disposição sobre a matéria (MENDES, 2012, p. 38).

O que diretamente se conclui é que o operador do Direito deve cumprir a lei; não cabe a ele legislar sobre o texto legal, mas sim defendê-lo, como diz Gilmar Mendes sobre esse assunto:

A eventual supressão pode lesar tais garantias, afrontando o instituto enquanto direito constitucional objetivo e as posições juridicamente tuteladas, se suprimir as normas

concretizadoras de determinado instituto. Existiria, assim, para o legislador um dever de preservar tais garantias (MENDES, 2012, p. 38).

Ainda sobre o tema e para não deixar dúvidas na interpretação do texto legal e suas limitações ao operador do Direito, Gilmar Mendes escreve que: “Correlato a esse dever de preservar imposto ao legislador, pode-se identificar, também, um dever de legislar, isto é, o dever de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo” (MENDES, 2012, p. 39).

3 Um pouco sobre a Constituição do Brasil

Para tratar do tema da Constituição da República Federativa do Brasil deixamos claro que se trata de um documento democrático e que garante os princípios democráticos; apesar da obviedade dessa afirmação, não custa reforçá-la, como podemos perceber nas palavras de Sandel (2018):

Democracia não quer dizer igualdade perfeita, mas de fato exige que os cidadãos compartilhem uma vida comum. O importante é que pessoas de contextos e posições sociais diferentes encontrem-se e convivam na vida cotidiana, pois é assim que aprendemos a negociar e respeitar as diferenças ao cuidar do bem comum (SANDEL, 2018, p. 22).

Preliminarmente, cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria. Essa afirmação pode ser observada desde o seu preâmbulo; a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, que, como ensina Flávia Piovesan é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]” (PIOVESAN, 2013, p. 85).

Como fala comum aos mais importantes nomes jurídicos do país, a liberdade democrática e a garantia de direitos individuais são interligadas e inseparáveis, como já ensinava José de Alencar: “Nenhum estudo é tão importante para um povo livre como o da lei fundamental, fonte de seus direitos. Nos tempos de crise, quando essa lei está sujeita a ser ferida a cada instante, ella deve ser para o cidadão o objecto de um constante disvello” (ALENCAR, 1867, p. 3).

É objeto recorrente de estudos, e deve mesmo ser assim, a carta constitucional brasileira, pois a democracia se consolida na prática diária e se ampara no texto constitucional, em um Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 27-43, jul./dez. 2021

processo recíproco de orientação e conformação. Flávia Piovesan aponta, nos escritos de Canotilho, que:

Se, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o Texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) (PIOVESAN, 2013, p. 85).

Sobre a constante construção do Estado Democrático de Direito, também compartilha esse entendimento o Ministro Gilmar Mendes, conforme se extrai de:

Enquanto os direitos individuais propriamente ditos – especialmente os chamados direitos de liberdade e de igualdade – guardam, na sua essência, uma certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo (MENDES, 2012, p.796).

Como consequência direta dessa construção constante, a conclusão óbvia é que defender a constituição é também defender a democracia e vice-versa, como podemos extrair da passagem a seguir:

[...] se vê o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora (PIOVESAN, 2013, p. 85).

Essa conclusão é reforçada no mesmo texto de Flávia Piovesan, sob o ponto de vista de Jorge Miranda, como se observa em: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado” (MIRANDA, 1988, p. 166 apud PIOVESAN, 2013, p. 85).

Assim, defender os princípios constitucionais é defender a democracia propriamente dita e defender a democracia é uma luta pela afirmação desses princípios constitucionais; é o que se observa nesse trecho:

Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988 (PIOVESAN, 2013, p. 86).

A garantia para que se possa desempenhar essa efetivação de direitos é o próprio texto constitucional; sobre isso Gilmar Mendes nos esclarece que:

É certo, no entanto, que o constituinte pretendeu conferir disciplina destacada aos direitos individuais e aos direitos sociais, tal como se pode depreender do disposto nos arts. 5o, 7o e 8o do texto constitucional. A cláusula pétrea do art. 60, § 4o, não parece abranger os direitos sociais, que, como visto, se não confundem com os direitos individuais propriamente ditos (MENDES, 2012, p. 795).

Ainda complementarmente, Flávia Piovesan cita José Afonso da Silva nessa passagem:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana” (SILVA, 1990, p. 93 apud PIOVESAN, 2013, p. 86).

Poderia se dar por esclarecido esse ponto, porém seu destaque é tamanho e de tanta importância que Flávia Piovesan ainda insiste ao citar Luño em seus escritos, onde o autor diz que: “Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social” (LUÑO, 1991, p. 288-89 apud PIOVESAN, 2013, p. 86). Ainda na lição de Antonio Enrique Pérez Luño:

Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora — núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora — metas ou fins predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica — para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. [...] (LUÑO, 1991, p. 288-89 apud PIOVESAN, 2013, p. 86).

Agora que se demonstra a importância simbiótica entre a democracia e a constituição, inegável se torna a conclusão de que, sem constituição democrática, não há democracia. Nesse sentido Flávia Piovesan ensina que:

Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de

todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 87).

Importante lembrar que, para Gilmar Mendes: “a exata delimitação da extensão das cláusulas pétreas é, sem dúvida, tarefa magna das Cortes Supremas” (MENDES, 2012, p. 794).

E para finalizar a questão, ressalta-se ainda que:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular (PIOVESAN, 2013, p. 87).

Após essa sequência argumentativa, pode-se agora avançar para o próximo tema, onde se faz o diagnóstico de um revés com o qual convive a democracia e que precisa ser entendido e combatido.

4 A Necropolítica, um fenômeno indesejado para a democracia

No livro *Necropolítica*, o filósofo Achille Mbembe escreve que:

Este ensaio pressupõe que a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem pode morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder (MBEMBE, 2018, p. 5).

Percebe-se nessa exposição que o soberano de um país, ainda que se diga democrático, deve agir de acordo com os princípios democráticos sob o risco de efetivamente implementar uma política antidemocrática em um aparente estado democrático; se o povo não for efetivamente participativo e acompanhar e lutar pela efetivação de seus direitos, temos uma necropolítica instaurada; é o que se pode extrair do texto a seguir:

A crítica política contemporânea infelizmente privilegiou as teorias normativas da democracia e tornou o conceito de razão um dos elementos mais importantes tanto do projeto de modernidade quanto do território da soberania. A partir dessa perspectiva, a expressão máxima da soberania é a produção de normas gerais por um corpo (povo) composto por homens e mulheres livres e iguais. Esses homens e mulheres são considerados sujeitos completos, capazes de autoconhecimento, autoconsciência e autorrepresentação. A política, portanto, é definida duplamente: um projeto de autonomia e a realização de acordo em uma coletividade mediante comunicação e reconhecimento. Isso, nos é dito, é o que a diferencia da guerra (MBEMBE, 2018, p. 8).

A segurança que a racionalidade oferece também produz o efeito de exigir que ela se efetive, sob pena de termos uma justificativa racional para um domínio irracional ou de desrazão e o aprisionamento do povo ao estado ilusório de democracia, uma vez que a democracia e a constituição não se distanciam; se o texto divergir da realidade, teremos esse cenário, como alerta a passagem a seguir:

Em outras palavras, é com base em uma distinção entre razão e desrazão (paixão, fantasia) que a crítica tardo-moderna tem sido capaz de articular uma certa ideia de política, comunidade, sujeito — ou, mais fundamentalmente, do que abarca uma vida plena, de como alcançá-la e, nesse processo, tornar-se agente plenamente moral. Nesse paradigma, a razão é a verdade do sujeito, e a política é o exercício da razão na esfera pública. O exercício da razão equivale ao exercício da liberdade, um elemento-chave para a autonomia individual (MBEMBE, 2018, p. 9).

Uma crítica bastante pertinente merece lugar aqui, está no capítulo intitulado *O lado sombrio do crescimento*, do livro *Ponto de Mutação*, onde se lê que:

A visão cartesiana mecanicista do mundo tem exercido uma influência poderosa sobre todas as nossas ciências e, em geral, sobre a forma de pensamento ocidental. O método de reduzir fenômenos complexos a seus componentes básicos e de procurar os mecanismos através dos quais esses componentes interagem tornou-se tão profundamente enraizado em nossa cultura que tem sido amiúde identificado com o método científico (CAPRA, 1997, p. 226).

Para Achile Mbembe, porém, o resultado preocupa; vejamos: “Minha preocupação é com aquelas formas de soberania cujo projeto central não é a luta pela autonomia, mas a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações” (MBEMBE, 2018, p. 10).

Nesse sentido, de maneira esclarecedora, Flávia Piovesan afirma que:

Os direitos humanos não são um dado, mas um construído, enfatiza-se agora que a violação desses direitos também o é. Ou seja, as violações, as exclusões, as discriminações, as intolerâncias, os racismos, as injustiças raciais são um construído histórico a ser urgentemente desconstruído, sendo emergencial a adoção de medidas eficazes para romper com o legado de exclusão étnico-racial. Há que se enfrentar essas amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade da população afro-descendente (PIOVESAN, 2005, p. 43).

Obviamente não existe liberdade sem democracia, ao menos não uma liberdade plena, como se busca alcançar no texto constitucional; sobre isso, Flávia Piovesan afirma que: “A implementação do direito à igualdade racial há de ser um imperativo ético-político-social, capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e de liberdades fundamentais” (PIOVESAN, 2005, p. 43).

Uma vez identificado o risco de uma necropolítica, a afirmação dos Direitos Humanos parece corresponder mesmo à uma possibilidade de efetivação da democracia; é o que veremos adiante.

5 Do reconhecimento dos Direitos Humanos

A afirmação dos Direitos Humanos é princípio basilar para a construção de uma sociedade democrática sadia — e não apenas aparente; essa afirmação ainda que pareça óbvia é fruto de uma longa e constante batalha humana, como podemos extrair da passagem a seguir:

Foi durante o período axial da História, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade de todos os povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (COMPARATO, 2010, p. 24).

Gilmar Mendes ainda complementa essa construção histórica afirmando que: “Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, temos reconhecido agora a tendência de universalização da proteção aos direitos dos homens” (MENDES, 2008, p. 254); com isso, os direitos fundamentais se reafirmam na proteção do próprio homem.

Tal constatação, mais do que evidente, é necessária; assim, para Sidney Guerra:

De fato, os direitos humanos ganham força sob a égide da Organização das Nações Unidas, onde foram produzidos vários tratados internacionais para a proteção dos referidos direitos. A começar pela Declaração Universal de Direitos Humanos, pela produção normativa do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre discriminação racial; a Convenção sobre os direitos da mulher; a Convenção sobre a tortura; a Convenção sobre os direitos da criança etc (GUERRA, 2009, p. 22).

Essa “codificação” internacional em matéria de direitos humanos ocorre principalmente pelo fato de o próprio Estado ser o maior violador desses direitos. Sobre isso, Guerra contribui ainda com a seguinte afirmação:

Assim é que se inicia a denominada fase legislativa dos direitos humanos, sob a batuta das Nações Unidas, com a elaboração de um quadro normativo extenso que procura efetivamente vincular a Organização Internacional aos seus propósitos, bem como a certas disposições contidas em seu ato de criação (GUERRA, 2009, p. 22).

E concluindo pode-se extrair a importância dos Direitos Humanos e de sua efetivação ainda nos escritos de Guerra, onde se lê:

A proteção internacional dos direitos humanos defere, no sistema onusiano, um status e um standard diferenciados para o indivíduo. Isto é, apresenta um sistema de proteção à pessoa humana, seja nacional ou estrangeira, diplomata ou não, um núcleo de direitos insuscetíveis de serem derogados em qualquer tempo, condição ou lugar. Inaugura-se, portanto, uma doutrina em que os instrumentos de proteção dos direitos do indivíduo levam em consideração o reconhecimento, de âmbito universal, da dignidade da pessoa humana. É a partir desse reconhecimento que se estabelecem medidas de contenção e de abusos que são praticados especialmente pelos próprios Estados (GUERRA, 2009, p. 23).

De maneira que, após tais definições e esclarecimentos, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que a Democracia e os Direitos Humanos são irmãos siameses que não se podem ser separados levianamente, sob o risco de morte de ao menos um, sendo ambos frutos da mesma origem e que necessitam de cuidados semelhantes para crescerem e se desenvolverem.

6 Os Direitos Humanos internacionais na atualidade

A sequência lógica estabelecida por esse artigo é a de explicar então como estão de fato os Direitos Humanos resguardados no contexto atual e, nesse sentido, pode-se afirmar que Mazzuoli tem uma importante contribuição como se observa a seguir:

O que atualmente se entende é que, havendo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos uma especificidade própria, que não se assemelha à do direito internacional clássico (westfaliano), em que as normas internacionais estão voltadas exclusivamente para as relações entre Estados, também o sistema de solução de controvérsias que o envolve deve pautar-se pela mesma lógica e pela mesma especificidade (que, em última análise, é a proteção dos seres humanos e não a salvaguarda dos direitos dos Estados). Assim, se a proteção internacional dos direitos humanos pauta-se por princípios mais fluidos e flexíveis que os aplicados às relações interestatais, também mais fluidos e flexíveis deverão ser os meios colocados à disposição dos juristas de resolver as antinomias naquele âmbito (MAZZUOLI, 2010, p. 29).

É primordial que mais uma vez se afirme a diferença entre âmbito de proteção (garantias constitucionais) e proteção efetiva (garantia de direitos). Sobre a proteção efetiva, Gilmar Mendes nos diz que: “O âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional” (MENDES, 2012, p. 35).

Como forma de orientação sobre para onde se devem dirigir os esforços para a proteção efetiva, André de Carvalho Ramos afirma que:

Os procedimentos coletivos *superam* a situação antagônica e de impasse entre os Estados, dando garantias a todos de uma avaliação *neutra e imparcial* das supostas violações de direitos humanos. É salutar o desenvolvimento e a sedimentação dos diversos processos de responsabilidade internacional do Estado por violação de

direitos humanos, objetivando-se, no futuro, a superação do poder unilateral de um Estado de aferir a existência ou não de violação de direitos humanos em outro Estado (RAMOS, 2016, p. 45-46).

Ainda dando sequência a esse raciocínio e finalizando sua exposição sobre o tema, Ramos afirma que:

Outra característica importante do mecanismo unilateral de aferição da responsabilidade internacional do Estado é a sua utilização mais afeta às *relações bilaterais* entre Estados. De acordo com o bilateralíssimo típico das relações interestatais, o fato internacionalmente ilícito cometido por um Estado faz nascer novas relações jurídicas apenas com o Estado lesado (RAMOS, 2016, p.45).

Aqui cabe ressaltar que, apesar de ser uma sequência lógica, de fato as coisas não caminham como deveriam; nesse sentido, Achile Mbembe alerta: “Tentei demonstrar que a noção de biopoder é insuficiente para dar conta das formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte” (MBEMBE, 2018, p. 71).

Nessa ordem de ideias, para garantir uma proteção efetiva, de fato, deve-se observar o que nos aponta Ramos:

Com efeito, o Direito Internacional geral, no tocante à responsabilidade internacional do Estado, caracteriza-se pelo bilateralismo. Isso significa que uma obrigação internacional existe enquanto relação bilateral entre Estados. Este “*bilateral-minded system*” (no termo de SIMMA) é válido também para o regime das obrigações regulando as reparações devidas. Assim, a responsabilidade internacional do Estado exsurge de relações essencialmente bilaterais. Como desdobramento desse raciocínio, pode o Estado vítima renunciar ao seu direito à reparação, sem que os Estados-terceiros possam se opor. Por conseguinte, somente o Estado vítima pode legitimamente utilizar sanções com o fim de impor a volta à legalidade internacional (RAMOS, 2006, p. 45).

Para concluir, esclarecendo a importância do Estado e da constante vigilância e manutenção da democracia, é necessário ressaltar que:

O *princípio da reciprocidade* no tema da responsabilidade internacional do Estado, então, advém de tal bilateralismo. Cada Estado, na exata medida da violação de seu direito protegido, pode utilizar-se de mecanismos de responsabilidade internacional contra o Estado ofensor. *O bilateralismo gera uma abordagem contratualista*, quando aplicada à responsabilidade internacional do Estado, refletida no foco credor-devedor existente e na disponibilidade no tratamento do tema, com a possibilidade de renúncia ou consentimento do Estado vítima (RAMOS, 2006, p. 46).

Uma vez isso posto, torna-se irreversível a percepção de que Democracia, Direitos Humanos e Constituição não são conceitos acabados e definidos; ao contrário, são construções constantes, quase vivas e que, como qualquer coisa viva, exigem cuidados e atenção para que se desenvolvam e prosperem. Também é necessário que trabalhem em conjunto para que

Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 27-43, jul./dez. 2021

alcancem o objetivo comum, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo e de todos os indivíduos.

7 Considerações finais

Podemos iniciar uma boa reflexão com as palavras de Fritjof Capra:

Nenhuma teoria ou modelo será mais fundamental do que outro, e todos eles terão que ser compatíveis. Eles ultrapassarão as distinções disciplinares convencionais, qualquer que seja a linguagem comprovadamente adequada para descrever diferentes aspectos da estrutura inter-relacionada e de múltiplos níveis da realidade. Do mesmo modo, nenhuma das novas instituições sociais será superior ou mais importante do que qualquer uma das outras, e todas elas terão de estar conscientes umas das outras e se comunicar e cooperar entre si (CAPRA, 1997, p. 259).

Após aceitar a provocação de debater os Direitos Humanos em tempos de crise, este trabalho faz uma abordagem dos aspectos dos Direitos Humanos Internacionais e de seu espaço constitucional no Brasil, aborda ainda a noção geral da necropolítica, que chega aqui como o apontamento de uma injustiça. Como nos explica o professor Amartya Sen: “A justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam” (SEN, 2018, p. 11).

A proposta desse trabalho é refletir sobre os aspectos internacionais dos Direitos Humanos e a necessidade de um direcionamento para o futuro, pretendendo evitar que injustiças como a necropolítica se consolidem nos Estados.

Nas palavras do Dalai Lama, precisamos de uma iniciativa mundial para educar coração e mente nessa era moderna... A intolerância leva ao ódio e à segregação. Até mesmo nossas crianças devem crescer com a noção de que o diálogo, e não a violência, é o melhor modo, o mais prático, de resolver conflitos (DALAI LAMA; ALT, 2018, p. 41).

Nesse ponto é pertinente fazer o acompanhamento da construção do conceito defendido por Douglas Cesar Lucas e Gilmar Antonio Bedin:

A sociedade contemporânea evidencia um novo momento histórico, centrado na celeridade e no risco das relações, na transposição dos espaços geográficos de produção econômica e jurídica, na construção de novos locais de decisão e de influência, na conflitividade complexa, características que têm levado a uma crise de identidade funcional das instituições modernas, da qual o Poder Judiciário não ficou isento (LUCAS; BEDIN, 2013, p. 46).

Sobre esses apontamentos, percebe-se mais uma vez que a necropolítica é hoje um desafio a ser combatido e que se encontra muito mais próxima do que a maioria percebe,

portanto são necessárias uma atenção e uma vigilância ativas para identificar seus sinais, como se pode verificar no texto:

As pressões provocadas pela desterritorialização do processo produtivo, pela transnacionalização dos mercados, pela redefinição de tempo e de espaço, pela rapidez e incerteza das relações sociais, pelas demandas cada vez menos estandardizadas, caracterizam o cenário contemporâneo como bastante distinto daquele na qual o Poder Judiciário, nos moldes pensados pelo moderno Estado de Direito, estava acostumado a interferir (LUCAS; BEDIN, 2013, p. 46).

Nesse ponto, uma vez identificado o problema, os autores buscaram dar uma sugestão de ação para combatê-lo; é o que se extrai de:

Definitivamente, a jurisdição precisa se reinventar em termos quantitativos e qualificativos. Precisa construir uma nova dinâmica de intervenção, mais criativa, conectada com as demandas do tempo em que opera, ágil para fazer frente à complexidade que afeta todos os níveis da vida cotidiana e, ao mesmo tempo, suficiente madura e habilidosa para conviver e dialogar com novos espaços de produção do direito e da decisão jurídica (LUCAS; BEDIN, 2013, p. 46).

Para concluir finalmente esse trabalho, afirma-se, sem medo, que a democracia possui enorme fragilidade, tanto quanto enorme potencial de força. Necessita de eterna e constante vigilância e empenho em sua efetivação plena na realidade do mundo, para que venha a se confirmar como uma maneira de alcançar o bem para o ser humano. Sendo assim, de forma ilustrativa, o que se espera alcançar de fato com esse artigo não pode ser melhor definido do que citando aquele que é, talvez, o maior cientista político de nossa história, Maquiavel:

Se vier a encontrar dificuldades e aborrecimentos, espero colher também recompensa na aprovação dos que lançarem um olhar benevolente aos objetivos deste esforço. E se a tentativa for falha e de escassa utilidade, devido à pobreza do meu espírito, à insuficiente experiência das coisas de hoje ou ao pouco conhecimento do passado, terá ao menos o mérito de abrir caminho a quem, dotado de maior vigor, eloquência e discernimento, possa alcançar a meta. Enfim, se este trabalho não me der a glória, também não me servirá de condenação (MAQUIAVEL, 2008, p. 17).

Referências

ALENCAR, J. de. **Uma tese constitucional**: A princesa Isabel e o príncipe consorte no Conselho de Estado. Rio de Janeiro: Na Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1867.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 8. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Tradução de L'età dei Diritti).

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 20. ed. São Paulo: Cultrix, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. - 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALAI LAMA; ALT, Franz. **Por que a ética é mais importante do que religião**. Tradução Carolina Caires Coelho. 1. ed. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DURKHEIN, Émile. **Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa**. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura... [et al.]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

É PRECISO REAVIVAR direitos humanos e fundamentais, defende Noronha. *In: Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 de março de 2020, 10h36. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/preciso-reavivar-direitos-humanos-fundamentais-noronha>. Acesso em: 20 jan. 2021.

FERREIRA Filho, Manoel G. *et al.* **Liberdades públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GUERRA, Sidney. Os direitos humanos na ordem jurídica internacional. **Pensar. Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 14, n. 1, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar; BEDIN, Gilmar Antonio. Desafios da jurisdição na sociedade global: apontamentos sobre um novo cenário para o Direito e o papel dos Direitos Humanos. *In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010

MBEMBE, Achile. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB).

MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Traduções de João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Os Pensadores).

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: Os limites morais do mercado. Tradução Clóvis Marques. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STJ. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). *In*: **STJ**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Institucional/Educacao-e-cultura/Eventos/Convencao-Americana-de-Direitos-Humanos--CADH-.aspx>. Acesso em: 20 dez. 2020.