

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCÍUNCULA, Marcelo. A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. 473 p.

Robison Tramontina*

Trata-se de uma obra que reúne pesquisadores de universidades brasileiras e espanholas, que tem como escopo refletir sobre o tema dos direitos humanos fundamentais na América Latina e Europa. As investigações levadas a cabo inserem-se num projeto conjunto da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) e da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona – Espanha. Entretanto, as contribuições têm origens institucionais diversas; do Brasil, há artigos de professores pesquisadores de várias instituições, a saber: Unoesc, Uninove, UFSC, Unisc e da Unifor; da Espanha, das seguintes Universidades: Girona, Santo Antonio de Murcia, Rey Juan Carlos, Nacional de Educación a Distancia. Além das contribuições brasileiras e espanholas, há uma americana, da Universidade de Connecticut.

Esta dividida em três capítulos e apresenta vinte e dois artigos sobre os diversos ramos do direito, sempre com as lentes voltadas, direta ou indiretamente, para os direitos humanos fundamentais. O primeiro capítulo trata da Teoria Geral dos direitos humanos fundamentais e sua transnacionalidade, destacando aspectos históricos, filosóficos, sociológicos, doutrinários e jurisprudenciais dos direitos humanos fundamentais. O segundo e o terceiro capítulos abordam as dimensões materiais e eficaciais dos direitos humanos fundamentais civis e sociais, respectivamente.

Tratando da obra no conjunto chamam atenção os seguintes aspectos:

- a) A variedade e riqueza das abordagens impressionam o leitor. Não são apenas textos de reconstrução histórica, filosófica ou jurídica, mas textos críticos- propositivos e que realçam as dimensões materiais e eficaciais dos direitos humanos. Os argumentos teóricos, independentemente de sua natureza, em geral, são ilustrados com situações fáticas.
- b) No mesmo norte da observação anterior, vislumbra-se, na maior parte dos textos, a tentativa de produzir teses inovadoras e originais, além da proposta de se fazer leituras críticas do fenômeno jurídico. Claro que não há homogeneidade teórico-referencial, há leituras a partir da

* Doutor em Filosofia (PUC-RS), Professor Unoesc. Professor do Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito (Unoesc).

filosofia intercultural, do garantismo, da filosofia da práxis, do neoconstitucionalismo e outras. O que as unifica é a intenção de propor novas e fecundadas abordagens.

- c) A diversidade temática; há textos que focam o direito penal, outros direito do trabalho; o que poderia à primeira vista espantar o leitor, é um atrativo a mais desta robusta obra.

Após estas observações gerais passam-se a alguns pormenores. Como já salientado, dada a diversidade temática e as diversas perspectivas teóricas e metodológicas adotar-se-á a seguinte estratégia: destacar-se-á o objetivo e a principal tese de cada texto.

O primeiro capítulo intitulado *Teoria geral dos Direitos Humanos Fundamentais e sua Transnacionalidade* estrutura-se em oito artigos. Em linhas gerais tratam do seguinte:

Baez em *A expansão multicultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal* objetiva compreender o processo de expansão multicultural dos direitos humanos fundamentais. A trajetória argumentativa enfatiza o surgimento, desenvolvimento histórico e a gestação, nas diferentes civilizações, da categoria direitos humanos fundamentais e os fatores que proporcionaram a formação da consciência universal da relevância desta. Defende a tese, fundada em farta e sólida literatura, de que os direitos humanos fundamentais não são criação de uma única cultura ou civilização, uma vez que, desde as primeiras manifestações humanas, um leque significativo de concepções religiosas e filosóficas sustenta e reconhece que os indivíduos detêm certos direitos inalienáveis. Contudo, o atual nível do desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais é incapaz de realizar, considerando-se o quadro fático de sofrimento e miséria contemporâneos, de forma cabal, a dignidade da pessoa humana.

Ouendo em *A Pólis desafiada: Direitos humanos, Democracia, etc.* analisa a relação entre direitos humanos e democracia. De acordo com ele, tal relação exprime um dilema político. Este ocorre quando duas normas válidas apontam em direções opostas. Dialogando e criticando Habermas que nega a existência deste tipo de conflito, Ouendo sustenta a aceitação desses conflitos e afirma que essa postura é benéfica para as sociedades modernas. O texto tem dois aspectos que se sobressaem, o instigante debate com Habermas e a discussão de três situações fáticas que envolvem conflitos políticos onde estão em jogo direitos fundamentais.

Beltrán em *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales* estuda o direito à prova, direito derivado do direito à defesa. Aquele tem como ideia fundamental o direito do cidadão de “demonstrar a verdade dos fatos que fundam sua pretensão” processual. O autor pretende demonstrar que somente por intermédio de uma concepção racionalista de prova, que recuse a vinculação entre prova e o convencimento psicológico do juiz, é possível tornar efetivo o direito à prova, e, por consequência, o direito à defesa. Assim, as decisões judiciais sobre os fatos precisam estar fundadas em razões que tenham como base algum critério intersubjetivo, não um suposto critério pessoal ou individual subjetivo.

Rocasolano em *Versión actual de dignidad de la persona un nuevo paradigma para los derechos humanos en época de crisis* apresenta uma reflexão sobre uma nova versão do princípio da dignidade. Defende a dignidade da humanidade, não do ser humano, como um novo paradigma para a fundamentação dos direitos humanos. Este reconhece de forma adequada a temporalidade e historicidade do ser humano, compreendendo-o como inalcançável, misterioso, digno de respeito e proteção.

No artigo *Los derechos en el marco de la union europea* Castillo e Castillo destacam o nascimento, a estruturação, desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais na união europeia. Estudo histórico de grande relevância para quem deseja conhecer o processo de formação e consolidação normativo dos direitos fundamentais desde a concepção do projeto de União europeia.

Leal em *Justiça restaurativa: nascimento de uma Era* defende e apresenta um novo paradigma de justiça criminal. Este modelo difere do padrão ordinário da justiça penal de corte nitidamente dissuasório, retributivo-punitivo, formalista, legalista, marcado pelo distanciamento entre os autores, polícia – promotor de justiça – juiz. Está fundado na ruptura da lei, na violação do bem jurídico tutelado e na culpa do agente. Tem foco no passado, é retroativo, ignora por completo a vítima, que não tem vez e voz na resposta penal.

Em contraposição ao modelo tradicional, a justiça restaurativa é um processo de resolução de conflito participativo por meio do qual as pessoas afetadas, direta ou indiretamente, reúnem-se voluntariamente, e de modo previamente ordenado para estabelecer, mediante diálogo, um plano de ação que atenda às necessidades e garanta o direito de todos os interessados, com esclarecimento e atribuição de responsabilidades. De acordo com o autor é uma forma revolucionária de repartir justiça, um novo tratamento criminológico fundamentado no respeito aos direitos do sujeito passivo da infração, do agressor e da comunidade afetada pelo delito ou ato infracional.

Silveira e Meyer-Pflug abordam a *evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no que se refere aos Tratados de direitos humanos*. Focam na alteração de entendimento e os argumentos utilizados para dar um novo *status* jurídico aos tratados de direitos humanos. Os tratados de direitos humanos são normas constitucionais, têm caráter supralegal ou são leis infraconstitucionais? Os autores apresentam a visão da doutrina e do entendimento do Supremo Tribunal Federal antes e depois da EC N. 45/04. Após destacarem o contraste, concluem afirmando que em face das alterações oriundas da Reforma do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal alterou jurisprudência no sentido de reconhecer aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil antes da Emenda à Constituição o *status* de norma supralegal, ou seja, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal. Assim, garante-se maior proteção e efetividade aos direitos humanos.

Hahn em *Pressupostos da filosofia intercultural e teoria crítica dos direitos fundamentais* a partir do referencial da filosofia intercultural pretende apresentar uma proposta crítica, não formalista, estática e monocultural, dos direitos humanos fundamentais. A filosofia intercultural opera com três pressupostos: a) ela tem uma tarefa jurídica e política, que não se restringe ao nível teórico, mas pretende

também atuar no nível prático, ou seja, objetiva reorganizar o mundo globalizado fazendo valer o respeito, a pluralidade e a solidariedade; b) não está preocupada em compreender filosoficamente as culturas, mas procura pistas culturais que permitam a manifestação polifônica do multiverso das culturas; e c) é um movimento multidisciplinar que deseja efetivar a convivência solidária e não apenas pacífica entre os seres humanos das distintas procedências culturais e étnicas.

A partir da filosofia intercultural, de acordo com o autor, é possível pensar adequadamente os direitos humanos, uma vez que ela capta e resolve melhor a questão da diversidade cultural e, portanto, valorativa.

O segundo capítulo do livro intitulado *Dimensões materiais e eficácia dos direitos humanos fundamentais civis* está composto por seis artigos. Abre com o artigo de Porciuncula, *A normatividade do poder e o poder da normatividade – notas sobre a soberania em Carl Schmitt e Hans Kelsen e os direitos fundamentais*. Este apresenta uma breve visão panorâmica de duas perspectivas teóricas sobre a soberania, a de Schmitt e Kelsen e conclui com a tese de que o modelo kelseniano admite conceitualmente a vinculação do poder soberano a disposições jurídicas capazes de limitá-lo. Assim, este modelo permite a existência e a proteção dos direitos fundamentais.

O artigo divide-se em duas partes. Na primeira é explorada a ideia do normativismo do poder defendida por Carl Schmitt. Preocupado com a possibilidade de desagregação do estado alemão durante a República de Weimar, Schmitt formula teses político-jurídicas com o propósito de reafirmar uma autoridade ilimitada como instrumento para superar a situação caótica que se encontrava a Alemanha. Com fundamento teórico Hobbesiano, afirma que o poder, anterior ao direito, confere estabilidade à vida social, razão de sua existência e fundamento da obediência de todos os súditos. “O direito deriva do poder e não o poder do direito”. Na segunda, o autor discorre o conceito de soberania em Kelsen. Para Kelsen, que identifica o Estado com a ordem jurídica, a soberania é um atributo de uma ordem jurídica centralizada e não pode ser entendida como algo distinto do direito. Assim, desde uma perspectiva jurídica, não há um poder soberano anterior ao direito e que dele se serve de expressão. De acordo com Porciuncula, o modelo kelseniano permite a existência e a proteção dos direitos fundamentais.

No artigo *Autonomia privada e vontade: considerações históricas sobre a formação dos motivos no Código Civil Brasileiro*, Branco analisa o papel dos “motivos”, razões subjetivas que impulsionam a alguém celebrar um contrato, na eficácia contratual e que escolha foi feita pelo legislador pátrio. Defende a tese de que o papel da vontade na conformação da liberdade contratual não está superado e que é necessário rever a concepção de motivos dos contratos e sua relação com a liberdade contratual e autonomia privada. A teoria contratual moderna busca na noção de motivos do contrato razões para a atribuição de uma eficácia específica quando diz respeito à caracterização do inadimplemento, de qualquer natureza e por distintas razões.

Pezzela e Borba, no texto *Sociedade de informação, dignidade da pessoa e relações de consumo* discutem como o processo de mutação tecnológica, que transformou os meios de consumo, pode afetar a dignidade da pessoa humana, especificamente sua privacidade. Destacam que o consumo desenfreado e as tecnologias, de in-

formação e de comunicação são marcas da sociedade atual. A combinação destes dois fatores, à medida que as pessoas querem consumir, e as tecnologias, rastreiam e formam bancos de dados, colocam em risco o direito à privacidade. Concluem pela necessidade de se ampliar a tutela jurídica para aqueles que confiam seus dados pessoais às entidades públicas ou privadas.

A questão da interpretação dogmática do direito é o foco de análise de Castro e Freitas em *A natureza da interpretação jurídica e a textura aberta das normas de direitos fundamentais em meio às relações privadas*. Os autores, com base referencial teórica fundada na filosofia da práxis e metodologia indutiva, propõem-se a refletir criticamente sobre a natureza da interpretação jurídica e a textura aberta dos direitos fundamentais, procurando identificar “as articulações que subjazem ao discurso asséptico da ciência jurídica” (CASTRO; FREITAS, 2012, p. 250) em sua abordagem dos direitos fundamentais. Estes são considerados como a nova ideologia legitimadora da atuação estatal.

Na trajetória argumentativa apresentada pelos autores são destacadas as concepções de Kelsen e de Alexy, no que se refere à natureza da interpretação jurídica, e ambas são criticadas. O ponto central da crítica, nos dois casos, é o diagnóstico de que as concepções analisadas não contemplam o papel do político, do poder nas formulações científicas e metodológicas do direito.

Moraes no artigo *Participação e representação como instrumentos dos direitos políticos na ordem constitucional brasileira* analisa os princípios políticos-democráticos e sua efetivação, a participação e representação após Constituição Federal de 1988. Destaca que a CF/88 é um marco na história institucional e constitucional brasileira por admitir e estimular mecanismo de participação administrativa, judicial e política. Contudo, diagnostica um déficit de representação, especialmente no que diz respeito ao sistema eleitoral proporcional, e de participação. Assim, existe a necessidade de uma reforma política. Tema polêmico e controverso, gerou diversos projetos, mas que até o presente momento não avançaram. De qualquer forma, salienta o autor, a CF/88 enveredou o país no caminho das democracias, embora ajustes significativos e robustos precisam ser realizados.

O acesso à justiça, direito de ingressar na justiça e obter uma prestação jurisdicional célere e eficaz e o direito à razoável duração do processo, este após a Emenda Constitucional 45/04, são assegurados como direitos e garantias fundamentais pela Constituição Federal de 1988. E o acesso à justiça somente é garantido pela celeridade e eficácia da justiça. Contudo, a morosidade na prestação jurisdicional interdita a realização deste direito, o direito fundamental ao justo processo. Estudar as técnicas de aceleração da tutela jurisdicional, especialmente, a tutela cautelar é o foco de Couto e Maillart no artigo *O direito fundamental ao justo processo e a tutela de urgência cautelar*.

Para responder à excessiva lentidão do Poder judiciário, provocado por diversos fatores, que vão desde a judicialização de qualquer conflito social até a utilização indevida de recursos processuais, tomaram-se medidas legislativas, fizeram-se alterações no Código de Processo Civil e na Constituição Federal via Emenda Constitucional 45. Estas medidas visam garantir que o processo, de for-

ma tempestiva e efetiva, garanta os direitos assegurados em lei, sem desatender o requisito da segurança jurídica.

De acordo com os autores, as técnicas de aceleração processual e as tutelas de urgência favorecem o acesso à justiça, na sua compreensão mais genuína.

O terceiro capítulo composto por oito artigos discute as dimensões materiais e eficazes dos direitos humanos fundamentais sociais. Os temas abordados são diversos. Silva discute até que ponto as limitações orçamentárias interferem ou podem interferir na efetivação dos direitos sociais. Leal destaca as contribuições da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy para os direitos sociais. No que diz respeito ao direito do trabalho, dois artigos são apresentados. O primeiro artigo de autoria de Olid e Colmenero discute os pressupostos do regime protecionista da trabalhadora grávida na Espanha e o segundo, de Ferraz e Goldschmidt, investiga se o assédio moral constitui-se como restrição ilícita ao direito fundamental social ao trabalho digno. Strapazon foca sua preocupação investigativa sobre a questão da Seguridade Social a partir de uma perspectiva garantista. Sanches e Benacchio discutem a efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. Redin e Mezzaroba sustentam o direito de migrar como direito humano fundamental. E Sales discute o papel da mediação de conflitos como mecanismo de empoderamento, garantindo assim a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Ferraz e Goldschmidt sustentam que o assédio moral configura-se como restrição ilícita ao direito fundamental social ao trabalho digno. Para chegarem a este ponto, os autores iniciam seu argumento diferenciando direitos humanos e fundamentais e salientando que os direitos sociais também são fundamentais, tendo por base teórica os ensinamentos de Sarlet. Na sequência analisam o princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, analisam a origem do assédio moral e discorrem sobre suas características. As espécies de restrições aos direitos fundamentais, na esteira teórica de Alexy, após ter sido evidenciada a discussão sobre regras e princípios fundamentam a tese de que o assédio moral, atitude hostil que ofende a dignidade ou produza danos físicos ou psicológicos, individual ou coletiva dirigida contra o trabalhador, não é uma restrição diretamente constitucional, nem restrição indiretamente constitucional, mas sim uma restrição ilícita ao trabalho digno. Ao sofrer assédio moral, o trabalhador tem seu direito fundamental ao trabalho digno lesado. Logo, aquele deve ser coibido e condenado pelo Estado e sociedade civil organizada.

Sanches e Benacchio objetivam verificar como acontece a efetivação dos direitos humanos sociais no âmbito da iniciativa privada. Defendem a tese de que há vinculação e responsabilidade da empresa privada com os direitos humanos insculpidos na Constituição Federal por meio dos Direitos humanos fundamentais, em virtude do efeito horizontal destes. Em três momentos divide-se o argumento dos autores: a) definição e resgate histórico dos direitos humanos sociais com a verificação do alcance dos direitos de terceira dimensão; b) o processo de esvaziamento do espaço público e a valorização do espaço privado, e c) discussão sobre o efeito horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares.

Os autores que esposam a tese defendida por Nipperdey e Leisner, defendem a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que o privado não é um gueto à margem da ordem constitucional. Assim, os direitos fundamentais, não apenas servem para que os particulares se protejam do Estado, como também de outro particular ou de pessoas jurídicas. Tal compreensão é possível dada a natureza e o efeito horizontal dos direitos fundamentais, que faz com estes sejam irradiados por todo o ordenamento jurídico, inclusive para o direito privado.

Strapazzon, a partir de referencial teórico garantista, sustenta que a tutela jurisdicional das legítimas expectativas contra omissões, de qualquer natureza, é plenamente justificável. Em ordenamentos jurídicos dotados de direitos fundamentais, a pretensão de correção moral e omissões é um imperativo do sistema.

Redin e Mezzaroba propõem uma análise político-filosófica da condição humana do imigrante internacional. Lendo o fenômeno a partir de Arendt, afirmam que ao migrante apenas se reconhece o direito de imigrar, mas não o direito de ação no espaço público e que aquele está condicionado ao interesse (econômico) exclusivo do Estado. Trata-se de uma compreensão de pessoa estrangeira, que eles denominam, de objeto produtivo. Concluem que o “direito humano de imigrar” não faz parte do diálogo internacional e que por interesse dos Estados não protege adequadamente os direitos, assegurados pela Convenção Internacional sobre Proteção de Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

Em suma, a partir do exposto, tem-se uma noção da consistência e amplitude da obra. Sem dúvida, há boas razões para lê-la.

Data da submissão: 27 de julho de 2012

Aceito em: 5 de agosto de 2012

