

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS**  
**PROGRAMA PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

**SABRINA HENRIQUE ALMEIDA DALL'ACQUA**

**UMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL PARA O DIREITO HUMANO À  
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS**

**SANTOS**

**2021**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS**  
**PROGRAMA PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

**SABRINA HENRIQUE ALMEIDA DALL'ACQUA**

**UMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL PARA O DIREITO HUMANO À  
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS**

Dissertação apresentada à  
Universidade Católica de Santos, como  
parte das exigências do Programa de  
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em  
Direito, para a obtenção do título de  
Mestra.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Sales do  
Nascimento.

**SANTOS**  
**2021**

D144p Dall'Acqua, Sabrina Henrique Almeida  
Uma perspectiva multidimensional para o direito humano  
à fundamentação das decisões judiciais e administrativas  
/ Sabrina Henrique Almeida Dall'Acqua ; orientador  
Luiz Sales do Nascimento. -- 2021.  
145 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de  
Santos, Programa de Pós-Graduação stricto sensu em  
Direito Internacional, 2021  
Inclui bibliografia

1. Direitos humanos. 2. Multidimensionalidade. 3.  
Dimensões. 4. Gerações. 5. Fundamentação das decisões.  
6. Decisão Judicial. 7. Processo. 8. Procedimentos.  
9. Contraditório I.Nascimento, Luiz Sales do. II.  
Título.

CDU: Ed. 1997 -- 34(043.3)

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS  
PROGRAMA PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

SABRINA HENRIQUE ALMEIDA DALL'ACQUA

**UMA PERSPECTIVA MULTIDIMENSIONAL PARA O DIREITO HUMANO À  
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS**

Dissertação apresentada à Universidade Católica de Santos, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, para a obtenção do título de Mestra.

Santos, 08 de abril de 2021.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Luiz Sales do Nascimento (Orientador)  
Universidade Católica de Santos

---

Prof. Dra. Renata Soares Bonavides  
Universidade Católica de Santos

---

Prof. Dr. Antonio Roberto Sanches Junior  
Instituição

## DEDICATÓRIA

Ao meu pai, surfista e músico, que me ensina sobre o fluxo das ondas e o fluxo da vida.

À mãe, escritora e jardineira, que planta letras como sementes de sabedoria.

À minha avó, professora e artista, apoiadora incondicional de coração gentil.

Ao Brasil, a que desejo constante progresso institucional.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos numerosos amigos, Rose, Renato, Caio, Vitor H., Milo, colegas de debate, e que me ensinam diariamente a ver o mundo em todas as suas cores.

À colega de graduação, hoje pesquisadora e minha veterana na docência, Tainara Penedo, por me inspirar com seu exemplo e ter primeiro acreditado no tema.

À família materna, carinhosamente, na pessoa da tia Natasha, da avó Neusa Marta, e dos irmãos Enzo e Gianluca.

Ao professor orientador, Luiz Sales do Nascimento, pelo ensino desde a graduação, e pelo acompanhamento gentil e presente da pesquisa.

*“[...] Ledo engano, o artigo 489, § 1º é uma garantia fundamental do cidadão contra o arbítrio do Estado e não uma garantia do Estado contra o cidadão, simples não?”*

(ROSSI, Júlio Cesar, 2018)

## RESUMO

DALL'ACQUA, Sabrina Henrique Almeida. **Uma perspectiva multidimensional para o direito humano à fundamentação das decisões judiciais e administrativas.** 2021.145f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. Universidade Católica de Santos.

No mundo contemporâneo, em que a agilidade na prestação de serviços é cada vez mais exigida, tem-se dado um especial destaque ao Judiciário na resolução de contendas. Contudo, tem-se convivido com um fenômeno de padronização excessiva, em que, para atingir maior velocidade, as decisões abreviam-se e simplificam-se. Surge, assim, um conflito entre a duração do processo e sua profundidade, relacionada à efetividade do contraditório e à fundamentação das decisões. Isso justifica investigar o tema da fundamentação das decisões, que é importante garantia da profundidade do processo. Nesse contexto, a pesquisa se propõe a examinar o direito à fundamentação das decisões judiciais e administrativas à luz da premissa metodológica da multidimensionalidade dos direitos humanos. Tal característica sugere que os direitos humanos estão inter-relacionados num único conjunto, indivisível, de vários aspectos (dimensões). Testamos se a fundamentação das decisões apresenta esses aspectos. Propõe-se o problema: qual a relação entre fundamentação das decisões e direitos humanos? Parte-se da hipótese de que a fundamentação deve ser direito humano, relacionando-se com os demais por meio de suas dimensões. Trata-se de pesquisa qualitativa que adota método fenomenológico para a formação da premissa, e dedutivo para sua aplicação. De forma interdisciplinar, reúnem-se elementos de direito internacional, história, filosofia do direito, direito constitucional, direito processual civil e direito processual penal. Utiliza-se a pesquisa bibliográfica e documental na coleta de dados. Pretende-se, ao final, oferecer aplicação prática ao trabalho, apresentando uma crítica da prática brasileira no tema, baseada no paradigma construído na pesquisa.

Palavras-chave: Multidimensionalidade; Direitos humanos; Fundamentação das decisões; Decisão judicial; Processo; Procedimento; Contraditório.



## **ABSTRACT**

In the contemporary world, where agility in the provision of services is increasingly required, special emphasis has been placed on the Judiciary in resolving disputes. However, there has been a phenomenon of excessive standardization, in which, in order to achieve greater speed, decisions are shortened and simplified. Thus, a conflict arises between the duration of the process and its depth, related to the effectiveness of the contradictory principles and the duty to give reasons for decisions. This justifies researching the topic of the duty to give reasons, as it is an important guarantee of the process' depth. In this context, a research aims to examine the right to have reasons for judicial and administrative decisions in the light of the methodological premise of the multidimensionality of human rights. This premise suggests that human rights are interconnected in a single, indivisible set, with various aspects (dimensions). We test whether the right to have reasons for decisions presents these aspects. We aim to solve the following problem: what is the relationship between the duty to give reasons and human rights? We start from the hypothesis that the right to have reasons must be a human right, because it relates to other human rights through its dimensions. This is a qualitative research that adopts a phenomenological method for the formation of the premise, and a deductive one for its application. In an interdisciplinary approach, we consider elements from international law, history, philosophy, constitutional law, civil procedural law and criminal procedural law. Bibliographic and documentary research is used to collect data. In the end, we intend to offer practical application to this work, by presenting a critique of Brazilian practice on this topic, based on the paradigm built in the research.

**Keywords:** Multidimensionality; Human rights; Duty to give reasons; Judicial decision; Process; Procedure; Contradictory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1.OS DIREITOS HUMANOS COMO CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E A ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL .....</b>	<b>13</b>
1.1. Uma reconstrução histórica dos direitos humanos.....	13
1.2. A falácia das dimensões e as características dos direitos humanos.....	25
1.3. A fundamentação contemporânea dos direitos humanos e seu impacto sobre o Direito .....	41
1.4. Multidimensionalidade dos direitos humanos .....	62
<b>2. ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ENTRE OS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>68</b>
2.1. Aspectos éticos e filosóficos do dever de motivar .....	69
2.2. Processo totalitário versus processo democrático: os direitos humanos como informação ao devido processo.....	77
2.3. Processo e democracia: a dimensão política da fundamentação das decisões judiciais e outros pronunciamentos estatais .....	94
2.4. Outras dimensões: processo, economia, informação e accountability .....	105
2.5. A fundamentação das decisões entre os direitos humanos.....	110
<b>3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COMO DIREITO HUMANO: CRÍTICA DA PRÁTICA NACIONAL .....</b>	<b>112</b>
3.1. Legislação interna e fundamentação das decisões: teoria e prática .....	112
3.2. Atendendo a exigências internas e externas de justiça procedimental .....	127
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>133</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>135</b>
<b>APÊNDICE — QUESTÕES LEVANTADAS.....</b>	<b>144</b>

## INTRODUÇÃO

Na Era da Informação<sup>1</sup> em que vivemos, a demanda por serviços ágeis, instantâneos é cada vez mais uma constante. Conforme bem identifica Samuel Mateus:

Tudo se acelera e intensifica: o funcionamento em “tempo-real”, os noticiários permanentes durante vinte e quatro horas, a aceleração das operações económicas, políticas e culturais permitidas pelo hipertexto e pelas redes telemáticas. A vida torna-se desmedida, perde-se na escala infinita do “sempre mais” e do “mais rápido”<sup>2</sup>.

Com efeito, os conflitos e a jurisdição (franqueada pelo Estado como meio de resolução de conflitos, com amplo acesso garantido), não passaram imunes a esse processo de liquidação. Vive-se uma standardização do direito<sup>3</sup>, com uma preocupação constante, de natureza política<sup>4</sup>, com a capacidade do Estado de lidar quantitativamente com a alta demanda judicial, entregando a tutela em prazo razoável.

Esse fenômeno da standardização, se proceder de forma descontrolada e desligada de uma das poucas metanarrativas sobreviventes ao processo de formação da hiper-modernidade, que é a dos Direitos Humanos<sup>5</sup>, ameaça a repetição do fenômeno que Hannah Arendt denuncia ao tratar da jurisdição no totalitarismo: o de reduzir causas humanas a números, apagando-se o conjunto único irrepetível de circunstâncias de cada caso concreto em meio a uma abstração e padronização desenfreada, que pulveriza e banaliza o caso concreto<sup>6</sup>.

Isso nos traz uma justificativa relevante para nos aprofundarmos no tema da fundamentação das decisões judiciais: uma importante regra do Direito que necessita ser compatibilizada com a realidade da standardização, oferecendo a moderação necessária à dignidade humana.

Portanto, este trabalho científico tem como problema central de pesquisa a busca por uma perspectiva atualizada e completa de direitos humanos para a

---

<sup>1</sup> Na expressão de Manuel Castells. CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. A Era da Informação: sociedade, economia e cultura, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Cap. 5. p. 287.

<sup>2</sup> MATEUS, Samuel. Uma modernidade-outra ou o hipermoderno. **Revista Comunicação e Sociedade**, vol. 18. Braga: CECS, 2010, p. 133-145.

<sup>3</sup> MARIQUITO, Carla S. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu desprezo numa sociedade que tem pressa. **Revista eletrônica de direito processual**, v. VII, p. 147-180, 2011.

<sup>4</sup> Segundo a divisão entre políticas e princípios em sentido estrito, encontrada em: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Library of Congress. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-26.

<sup>5</sup> MATEUS, Samuel. **Uma modernidade-outra ou o hipermoderno**. Revista Comunicação e Sociedade, vol. 18. Braga: CECS, 2010, p. 135.

<sup>6</sup> ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979, p. 461-463.

fundamentação das decisões. Pergunta-se: qual a relação entre direitos humanos e a fundamentação das decisões?

Trabalha-se com a hipótese central de que o direito à fundamentação das decisões integra o conjunto indivisível de direitos humanos no direito internacional.

O objeto de pesquisa são as normas jurídicas sobre a fundamentação das decisões.

Visando a dar aplicação prática a essa proposta teórica, cotejamos a prática brasileira com os dados reunidos sobre a fundamentação das decisões no direito internacional. Trabalhamos, nessa etapa secundária, com a hipótese de que o Estado Brasileiro não pratica o padrão internacional de justiça quanto à fundamentação de suas decisões.

O tema se justifica, além da razão indicada acima, porque a observância do melhor padrão de direitos humanos possível é uma necessidade humana, que requer ser atendida por meio de políticas e ações bem-informadas pelo conhecimento científico. Algumas ações e políticas que podem ser informadas por este conhecimento são: a atividade legislativa, pesquisas posteriores, interpretação judicial e extrajudicial dos textos legais.

A metodologia utilizada é fenomenológica, porque explica o fenômeno histórico, político e jurídico dos direitos humanos no mundo. É também dedutiva, porque aplica esse conhecimento geral ao caso específico da fundamentação das decisões. Numa segunda dedução, aplica-se o conhecimento geral sobre fundamentação das decisões ao caso específico da prática brasileira.

Há três capítulos que visam a fornecer a estrutura desse processo. No primeiro, explora-se o processo de construção dos direitos humanos com todas as suas características e fundamentos. Essa primeira etapa se subdivide em quatro seções, representando três óticas (uma histórica-política, uma jurídica, e uma filosófica), e destacando uma característica específica, que servirá como importante premissa metodológica: a multidimensionalidade.

No segundo capítulo, começa o processo dedutivo de aplicação desse conhecimento à fundamentação das decisões. Busca-se compreendê-la à luz das premissas lançadas no primeiro capítulo. São cinco as seções desta etapa: uma para examinar o objeto de pesquisa sob o prisma da filosofia, três que oferecem pontos de vista a partir de cada uma das dimensões de direitos humanos, e uma que arremata

o capítulo resumizando o que se extraiu dele.

No terceiro capítulo, se aborda a utilidade prática desse conhecimento, oferecendo uma crítica ao padrão praticado pelo Brasil na fundamentação de suas decisões. Há duas seções nesta etapa: uma para levantar críticas, e outra para propor soluções — ambas à luz dos conhecimentos dos dois capítulos precedentes.

Espera-se, com este trabalho, atingir o objetivo principal de oferecer uma perspectiva multidimensional de direitos humanos para a fundamentação das decisões, com base no direito internacional. Da mesma forma, se pretende o objetivo secundário de colaborar no aprimoramento dos padrões de justiça brasileiros.

Em concreto, algumas das perguntas que poderão ser respondidas no percurso são: o que faz de uma norma jurídica um direito humano? A fundamentação das decisões é direito humano no direito internacional? Por quais razões? Que implicações isso possui para o direito interno? O que exatamente configura uma “decisão”, para fins de dever de fundamentar? O que a fundamentação deve conter para se considerar suficiente ou completa? Há diferença entre decisões judiciais e decisões administrativas, para fins de dever de fundamentação?

Com esse processo metodológico oferecemos nossa contribuição para o conhecimento.

Este é um trabalho interdisciplinar, que reúne elementos de direito internacional, história, filosofia do direito, direito constitucional, direito processual civil e direito processual penal.

## 1.OS DIREITOS HUMANOS COMO CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E A ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL

### 1.1. Uma reconstrução histórica dos direitos humanos

Nesta etapa, introduzimos o leitor à concepção contemporânea dos direitos humanos, a fim de aplicá-la ao tema das decisões judiciais. Fazemos um estudo da disciplina dos direitos humanos a partir das suas origens históricas, tendo em vista seu caráter de construção humana<sup>7</sup> na proteção de uma dignidade inerente à pessoa. A percepção de que os direitos humanos são um construído põe em destaque seu caráter histórico, progressivo e multidimensional. Nas palavras de Ishay<sup>8</sup>:

Os direitos humanos são, portanto, vistos neste trabalho como o resultado de um processo histórico cumulativo que toma uma vida própria, *sui generis*, para além dos discursos e escritos de pensadores progressistas, para além dos documentos e eventos principais que compõem uma época em particular” (tradução livre).

É preciso compreender o caminho traçado até a era contemporânea para que se possa interpretar os direitos humanos adequadamente. A erosão da ideia de fundamentação aos pronunciamentos estatais como direito humano — em favor de uma percepção mais dogmática e privatista desconectada de suas raízes históricas — é uma das motivações centrais deste trabalho de pesquisa.

Os direitos humanos foram se aprimorando e se ressignificando ao longo do tempo, segundo uma tendência de expansão da proteção da dignidade da pessoa humana. Em alguns casos, a evolução histórica dos direitos humanos traz proteção a aspectos da dignidade não contemplados nas construções iniciais. Noutros, visa a oferecer respostas a fenômenos tecnológicos, políticos e sociais novos, dentro do mesmo sistema, visando a proteger os mesmos aspectos da dignidade humana frente a ameaças novas na dinâmica hipermoderna.

Fracionamos a tarefa de apresentar o panorama da concepção contemporânea dos direitos humanos em três subdivisões: (i) sua reconstrução histórica, que traz os principais marcos na construção dos direitos humanos ao longo da vida humana; (ii) uma análise de suas dimensões, posto que os direitos humanos são vistos de forma multidimensional no decorrer da história, com novas dimensões cobrindo novos

<sup>7</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150.

<sup>8</sup> Do original: “*Human rights are thus seen here as the result of a cumulative historical process that takes on a life of its own, sui generis, beyond the speeches and writings of progressive thinkers, beyond the documents and main events that compose a particular epoch.*”. ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. University of California Press, 2008, p.2.

aspectos da dignidade ou respondendo a novos desafios, ressignificando as anteriores; (iii) o processo científico de busca de um fundamento filosófico para os direitos humanos, apresentando a evolução de noções anteriores para a encontrada na contemporaneidade.

O percurso destas três subdivisões resulta numa visão completa e panorâmica dos direitos humanos na atualidade, fundamental para sua aplicação. Isso abre o caminho para a localização da fundamentação das decisões judiciais entre os direitos humanos, e para a dedução lógica de consequências filosóficas e jurídicas desta observação científica.

Os direitos humanos configuram na contemporaneidade uma nova base de legitimidade para o exercício do poder estatal.<sup>9</sup> Isso é, conforme sobredito<sup>10</sup>, resultado de uma longa evolução e afirmação histórica. Com efeito, não há como se compreender adequadamente os direitos humanos de forma desassociada de seu processo de construção. Essa característica dos direitos humanos se aplica plenamente ao direito à fundamentação das decisões estatais. Como este trabalho pretende dar a esse instituto jurídico o significado cientificamente apropriado, é de rigor revisitar seus fundamentos históricos, porque influenciarão em sua interpretação jurídica<sup>11</sup>.

Os direitos humanos têm origens remotas em diversas ideias de culturas diferentes que confluíram no que Karl Jaspers denominou Período Axial, segundo Comparato<sup>12</sup>. O período, compreendido entre os séculos VIII e II a.C., foi marcado pela coexistência dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na

---

<sup>9</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 55-68, 2008. No mesmo sentido: MARKS, Stephen P. From the "Single Confused Page" to the "Decalogue for Six Billion Persons": The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**. vol. 20, no. 3. 1998, p.462. *JSTOR*, disponível em [www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777). Acesso em 03 jan. 2020. e BAXI, Upendra. **Mambrino's Helmet?: human rights for a changing world 2**. 1994. Além disso, a própria busca por legitimidade no cenário internacional leva governos a assumirem compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, a fim de manterem imagem que lhes permita negociarem com igualdade em outros campos, conforme RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 62-3.

<sup>10</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p.2.

<sup>11</sup> Não pretendemos aqui afirmar que a história dos institutos jurídicos deve sempre influenciar sua aplicação. Todavia, a historicidade dos direitos humanos, reafirmada por diversos autores ao longo deste trabalho, é característica peculiar que atrai esse fenômeno a este campo específico do direito.

<sup>12</sup> JASPERS, Karl. **Vom Ursprung und Zieil der Geschichte**. 8ª ed. Munique: Piper e Co. Verglax, 1983, p. 19-42, apud. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia, Dêutero-Isaías em Israel. Estes pensadores elaboraram visões de mundo responsáveis pela superação do saber mitológico e pelas ideias principais que vieram a se desdobrar posteriormente na história humana<sup>13</sup>.

A história dos direitos humanos, portanto, se inicia com a reflexão do ser humano sobre si mesmo. A tragédia grega surge como um primeiro exercício de introspecção na alma humana, a democracia ateniense clama para o povo o fundamento do poder político que até então tinha raízes religiosas transcendentais, e as diversas religiões passam a ser menos rituais e mais éticas. Esse caráter ético das religiões, cuja formação Comparato atribui às confluências do Período Axial, vai ao encontro da opinião de Ishay, no sentido de que:

Apesar de qualquer tentação — especialmente após os eventos de 11 de setembro, 2001 — de visualizar a religião como antitética de uma visão secular de direitos universais, cada religião contém importantes elementos humanísticos que anteciparam nossa concepção moderna de direitos humanos” (tradução livre)<sup>14</sup>.

A autora inicia suas reflexões sobre as origens longínquas dos direitos humanos afirmando que se trata de uma questão politicamente carregada. De seu ponto de vista, uma resposta categórica sobre o assunto privilegia um *status quo* ou sistema de valores corrente, protegendo-o face a críticas e convidando a um debate à maneira de *darwinistas* e criacionistas nas escolas norte-americanas<sup>15</sup>.

A observação da autora nos alerta para simplificações rasas na avaliação das origens dos direitos humanos, e seu trabalho é marcado pela atenção realista às relações de poder no curso da história. Não há respostas fáceis para a questão, vez que os direitos humanos são produto de uma rede ampla e desconcentrada de acontecimentos históricos, de várias fontes e com diversas interpretações possíveis.

Como exemplos de contribuições multiculturais para a formação da moralidade moderna, a autora menciona alguns fatos relevantes.<sup>16</sup> O conceito de punição

---

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

<sup>14</sup> Do original: “I argue that despite any temptation — especially after the events of September 11, 2001 — to view religion as antithetical to a secular view of universal rights, each religion contains important humanistic elements that anticipate our modern conceptions of rights”. ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p.5.

<sup>15</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p. 6.

<sup>16</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p. 6.



progressiva e proporcional no Código de Hamurabi da antiga Babilônia; as ideias hindus e budistas de defesa dos ecossistemas; a concepção de Confúcio para a educação em massa; a racionalidade grega; e a solidariedade cristã e islâmica<sup>17</sup> todas influíram em boa medida na construção da ética que vige na contemporaneidade. Por outro lado, a autora reconhece que a visão ocidental veio a prevalecer<sup>18</sup>, por conta do desenrolar das relações de poder no mundo, especialmente pelo eurocentrismo prevalecente durante a Idade Média e Moderna.

Comparato, ao detalhar o Período Axial como centro das raízes filosóficas dos direitos humanos, dá ênfase a outras contribuições, igualmente multiculturais, da história humana. No prólogo de seu trabalho<sup>19</sup>, o autor nota a singularidade da existência humana como única espécie capaz de amar, descobrir a verdade e criar beleza. O reconhecimento desta singularidade, veio, segundo o autor<sup>20</sup>, pela religião, pela filosofia e pela ciência, cada um a seu tempo.

Do ponto de vista religioso o autor destaca a importância de Dêutero-Isaías na formação do “autêntico monoteísmo”<sup>21</sup>. Segundo o autor, o reconhecimento da existência de um único Deus, transcendental, anterior e superior ao mundo ressignificou a posição do ser humano na criação. No mesmo trabalho, vimos que, até esse momento, os deuses do politeísmo eram compreendidos como super-homens.<sup>22</sup> A inauguração de uma figura transcendental divina significou para o homem uma natureza dupla: de imagem divina e criatura terrena. Ademais, porque foi a última etapa da criação segundo a fé judaica — transmitida ao cristianismo e ao islã — o ser humano está em permanente incompletude, carente de uma função específica ou papel delimitado. O ser humano tem, nesse cenário, a liberdade de construir seu propósito, ao lado da incumbência de nomear as demais criaturas, sujeitando-as em alguma medida a seu poder.

Comparato prossegue no raciocínio apresentando a contribuição da filosofia

---

<sup>17</sup> Cujo início é atribuído à exigência de comunhão universal inaugurada por Dêutero-Isaías na tradição judaica, durante o Período Axial. Ver COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

<sup>18</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p. 7.

<sup>19</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

<sup>21</sup> ibidem, p. 9.

<sup>22</sup> ibidem, p. 1.

grega para a percepção de dignidade humana e igualdade, partindo da alegoria vista no mito de Prometeu Acorrentado<sup>23</sup> que narra a atribuição dos deuses das faculdades racionais como as artes, as ciências e as técnicas, a construção de máquinas e a capacidade de subjugar animais a seus propósitos. Como exemplo mais relevante de faculdade racional, o autor destaca a habilidade humana de se autoquestionar, ponto central da filosofia humana, também ligado ao pensamento grego.

A Grécia Antiga é também responsável, segundo Comparato<sup>24</sup>, pela formação da democracia durante o Período Axial. Isto significou abandonar os fundamentos religiosos do poder estatal e transferi-lo ao indivíduo enquanto unidade política — acompanhando a tendência filosófica de abandono do saber mitológico em favor de empreendimentos racionais que predominou naquele contexto social. De acordo com o autor:

A supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas? Não poderia ser outro senão o próprio homem. Mas como definir esse critério, ou, melhor dizendo, quem é o homem? Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão.<sup>25</sup>

O autor prossegue observando o papel da tragédia grega de desempenhar essa reflexão. Trata-se, em sua opinião, de um primeiro “momento de introspecção na alma humana”, seus sentimentos e contradições, muito anterior à psicanálise.<sup>26</sup> Este processo de elevação do ser humano a objeto principal de reflexão é responsável pela concepção moderna de dignidade humana e dos direitos que vieram a protegê-la — sempre com a advertência de Ishay, mencionada acima<sup>27</sup>, sobre a desconexão dos fatos históricos e sobre fatores de poder que vêm a concentrá-los em narrativas.

Enquanto a democracia ateniense foi marcada pela participação popular na tomada de decisões públicas, a república romana inaugurou um importante sistema de freios e contrapesos. Assim, a república romana, no momento seguinte ao declínio da sociedade grega, é responsável por outra espécie de limitação do poder estatal

---

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

<sup>24</sup> *ibidem*, p. 9.

<sup>25</sup> *ibidem*, p. 9-10. Noutra passagem (p. 3), COMPARATO observa o caráter extraordinário deste questionamento. A reflexão do homem sobre si mesmo é qualidade única entre os seres vivos, significativa para a compreensão moderna de dignidade humana.

<sup>26</sup> *ibidem*, p. 4-5.

<sup>27</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p.2

que influenciou sobremaneira a formação moderna dos direitos humanos.<sup>28</sup>

Ames e Montgomery argumentam que a Constituição dos Estados Unidos tomou inspiração das ideias romanas de repartição e controle do poder estatal, transmitidas ao constituinte americano por meio da teoria política de Montesquieu.<sup>29</sup> Comparato, por sua vez, observa como essa Constituição é um documento indispensável e muito influente na história dos direitos humanos<sup>30</sup>. Essa observação revela, por consequência, a contribuição romana na história dos direitos humanos ao estabelecer precedente significativo de controle do poder dos governantes em favor dos governados.

Por fim, é na Antiguidade que se desenvolvem as primeiras noções de direito natural. Essa noção é simbolicamente trazida na clássica oposição de Antígone face ao decreto de Creonte quanto ao enterro de entes queridos. A personagem de Sófocles se opõe à ordem do governante que proibiu o enterro de seu irmão, Polinice, que se feriu reciprocamente contra seu outro irmão, Etéocles, em batalha. Quando confrontada pelo Rei, argumentou que cumpriu seu dever para com as leis divinas, não escritas, mas inderrogáveis pela vontade do homem<sup>31</sup>.

A ideia de direito natural foi transmitida ao longo da Idade Média, com fundamentos cristãos<sup>32</sup>. Durante o Iluminismo, porém, sofreu forte influência da tendência racionalista, passando por um movimento de codificação com diversas razões históricas.

No entanto, o papel da Idade Média na construção dos direitos humanos não se limitou à transmissão da ideia jusnaturalista à modernidade. No período, foi promulgada a Magna Carta inglesa, importante oposição aos abusos da reconcentração de poder vista com o declínio do feudalismo, e tida por versão

---

<sup>28</sup> Que influenciou debates durante a confecção de documentos modernos de declaração de direitos humanos, conforme: MARKS, Stephen P. From the “Single Confused Page” to the “Decalogue for Six Billion Persons”: The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**. vol. 20, no. 3. 1998, p. 471-472. *JSTOR*, disponível em [www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777). Acesso em 03 jan. 2020.

<sup>29</sup> AMES, R. A. e MONTGOMERY, H. C. “The Influence of Rome on the American Constitution.” **The Classical Journal**. Vol. 30, no. 1, 1934, pp. 19–27. *JSTOR*, < [www.jstor.org/stable/3290141](http://www.jstor.org/stable/3290141) >. Acesso em 03 jan. 2020.

<sup>30</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99-127.

<sup>31</sup> SÓFOCLES. **Antígone**. Tradução de João Baptista de Mello e Souza. Fonte digital. Digitalização do livro em papel Clássicos Jackson, Vol. XXII. Versão para eBook. 2005. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em 04 abr. 2021.

<sup>32</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 57, 2008.

embrionária das constituições modernas, conforme afirma Bandeira Cardoso<sup>33</sup>.

Segundo se extrai do trabalho de Elwin Lawrence<sup>34</sup>, A Magna Carta de 1215 foi destinada em um primeiro momento a assegurar privilégios estamentais face a arbitrariedade do monarca inglês. No entanto, inaugurou importantes limitações ao poder estatal que se desenvolveram em verdadeiras garantias humanas durante o surgimento das democracias modernas. Comparato observa:

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres — a nobreza e o clero — existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. (...) o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados<sup>35</sup>.

O rei reconhece no texto do documento, versões embrionárias da legalidade tributária com representação popular, proporcionalidade penal, acesso à justiça e aos meios de execução e devido processo legal<sup>36</sup>, por exemplo. Embora a Carta não estabeleça diretamente o direito dos jurisdicionados à fundamentação das decisões, tem várias disposições no sentido de prover que a atividade judiciária não está à disposição do rei: ao contrário, é garantia dos cidadãos de serem observadas as leis da terra. Esta garantia, positivada na Magna Carta, já indica de forma rudimentar como a jurisdição não é mero ato de vontade, mas de razão, e permite concluir que o julgador deve contas de seu raciocínio, sob pena de prevalecer indevidamente a arbitrariedade<sup>37</sup>.

Durante a Idade Moderna, a humanidade passou por um intenso movimento de racionalização do pensamento. A *Bill of Rights* de 1689, também inglesa, surge a fim de depor o Rei Jaime II em razão de mau governo, e estabelecer e restaurar limites à arbitrariedade da Coroa pelo fortalecimento do Parlamento, inaugurando o regime de monarquia constitucional.<sup>38</sup> É de se observar que a *Bill of Rights* não é uma declaração

<sup>33</sup> BANDEIRA CARDOSO, Antonio Manoel. A Magna Carta — Conceituação e Antecedentes. **Revista Inf. Legisl.** Brasília. Ano 23, nº 91, jul./set. 1986.

<sup>34</sup> LAWRENCE, Elwin. “**The contributions of the landed man to civil liberty.**” Chapter V: the struggle for the Magna Carta. David A. Wells Prize Essays. Number 1. William College. Cambridge: The Riverside Press, 1905.

<sup>35</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80.

<sup>36</sup> Ponto em que converge visivelmente com nosso objeto de estudo.

<sup>37</sup> Exploraremos profundamente, nos itens 2.3 e 3.1 deste trabalho, a relação entre provimento jurisdicional e legalidade: a fundamentação como garantia do direito a ver a ordem jurídica, preestabelecida, aplicada ao caso concreto — e não a mera vontade do julgador.

<sup>38</sup> MAER, Lucinda e GAY, Oonagh. **The Bill of Rights 1689.** House of Commons Library. SN/PC/0293. Last updated 5 October 2009, p. 2. Disponível em: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf>. Acesso em 02 nov. 2020.

de direitos em sentido estrito, nem uma Constituição por si só<sup>39</sup> — mas é diploma normativo que integra o direito constitucional inglês<sup>40</sup>, que trabalha sobre a ideia de constituição material<sup>41</sup>.

Embora haja posições que vejam no documento apenas uma expressão de direitos preexistentes<sup>42</sup>, ou diretrizes a serem elaboradas no momento seguinte pelo Parlamento<sup>43</sup>, e, ainda, algum desvalor na restrição da liberdade religiosa da sociedade naquele tempo e local<sup>44</sup>, temos que o que contou na história da humanidade foi seu valor simbólico como restrição da arbitrariedade do monarca em prol da representação relativamente democrática e das liberdades individuais<sup>45</sup>.

Sob a influência do Iluminismo, as Revoluções Francesa e Americana

---

<sup>39</sup> THOMSON, Mark A. **A Constitutional History of England**. Vol. IV. 1642-1801. Publicado em 1939, p. 175. Disponível em: <https://ia801602.us.archive.org/11/items/in.ernet.dli.2015.84395/2015.84395.A-Constitutional-History-Of-England-1642-1801.pdf>. Acesso em 02 nov.2020.

<sup>40</sup> MAER e GAY notam a diferença entre constituição “não escrita” e constituição “não codificada”, indicando como o exemplo inglês está na segunda categoria. Os autores diferenciam constituições baseadas na oralidade, sem suporte escrito (não escrita) daquelas que compreendem textos escritos (escrita), ainda que não compilados em um único documento formalmente declarado como Constituição (não-codificados). Entre as constituições escritas, há as codificadas, como a brasileira, cujo texto se identifica claramente num documento único declarado formalmente como Constituição, e de validade superior às demais normas. Outra espécie de constituição escrita é a de não codificadas, como a inglesa, cujas normas, embora registradas em documentos por escrito, estão espalhadas em vários diplomas legais esparsos, que apenas por meio da prática (interpretação e aplicação) vêm a ser reconhecidos como de natureza constitucional e superior — ao longo de seu uso e aplicação pelas instituições competentes, por causa de seu conteúdo material, ou seja, do assunto que tratam. Ver: MAER, Lucinda, e GAY, Oonagh. **The Bill of Rights 1689**. House of Commons Library. SN/PC/0293. Last updated 5 October 2009, p. 2. Disponível em: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf>. Acesso em 02 nov. 2020.

<sup>41</sup> Indo mais profundamente na análise da diferença entre escrito e não escrito, o professor Upendra Baxi comenta que mesmo as constituições codificadas como a indiana (e a brasileira) não devem ser lidas como produto final, mas como fragmentos textuais, a serem reunidos mediante interpretação. Ou seja, mesmo nas constituições escritas e codificadas, há muitos elementos não-escritos no texto social: os silêncios da Constituição, os elementos de construção e destruição que podem ser encontrados no texto constitucional; as alegrias e os sofrimentos da sociedade em que a constituição é lida, que estão registradas nas palavras e nos silêncios do texto constitucional; as interpretações, não apenas de juízes e doutores, mas de movimentos sociais, ativistas, ongs; e a ideologia ou filosofia subjacente à Constituição. Ver: BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. NALSAR University of Law. Publicado em 17.02.2017. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo> >. Acesso em 10 jan. 2021.

<sup>42</sup> THOMSON, Mark A. **A Constitutional History of England**. Vol. IV. 1642-1801. Publicado em 1939, p. 263. Disponível em: <https://ia801602.us.archive.org/11/items/in.ernet.dli.2015.84395/2015.84395.A-Constitutional-History-Of-England-1642-1801.pdf>. Acesso em 02 nov. 2020.

<sup>43</sup> MAER, Lucinda, e GAY, Oonagh. **The Bill of Rights 1689**. House of Commons Library. SN/PC/0293. Last updated 5 October 2009, p. 4. Disponível em <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf>. Acesso em 02 nov. 2020.

<sup>44</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95-96.

<sup>45</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95-96.

trouxeram avanços significativos na afirmação dos direitos humanos, e são o ponto de partida da maior parte dos acadêmicos que estudam o tema sob o enfoque jurídico. Jubilit<sup>46</sup> nos apresenta estes dois eventos históricos como marcos jurídicos de positivação dos direitos humanos. Segundo a professora, a expansão dos ideais da Revolução Francesa pelo mundo levou a uma onda de positivação interna observada em uma série de países, marcando a transição de “direitos naturais” para “direitos fundamentais”.

Esta transição — que não se limitou ao campo dos direitos que hoje conhecemos como humanos, mas se expandiu por toda a filosofia do direito na época — é explicada com precisão no trabalho de Coelho<sup>47</sup>. O início dessa transição se faz em oposição à ausência de sistematicidade do direito medieval<sup>48</sup>, em reação que deu origem ao jusnaturalismo racionalista. A autora observa como a necessidade de sistematizar o direito inspirou a ideia racionalista, com nítida inspiração em movimentos das ciências naturais ocorridos na mesma época. Distinguindo-se do jusnaturalismo clássico, a proposta racionalista é de que o núcleo do direito era de poucas regras não-escritas de que se podia deduzir todo o ordenamento escrito. Este é o início filosófico do movimento de positivação: um esforço para deduzir logicamente as normas jurídicas mais condizentes com a natureza humana.

Coelho<sup>49</sup> observa em seu trabalho o interessante paralelo do pensamento racionalista jurídico com as conquistas das ciências naturais da mesma época. A ideia de que a natureza segue uma série de leis e padrões permanentes, matematicamente identificáveis e descritíveis com o uso da razão, prevalecia naquele momento histórico. A precisão da física de Newton trazia espanto e um otimismo generalizado com as capacidades das ciências de compreender e descrever o funcionamento do universo. A ideia de ciência que se consolidou nesta época é justamente a de previsibilidade dos acontecimentos naturais, e esta noção veio a impactar o

---

<sup>46</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. **O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, p. 58, 2008.

<sup>47</sup> COELHO, Cristiane. **O caráter científico da análise econômica do direito: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2008, p. 53-100.

<sup>48</sup> WIEACKER, Franz. **Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna**. Trad. Fernandez Jordán. Madrid: Aguilar, 1957.

<sup>49</sup> COELHO, Cristiane. **O caráter científico da análise econômica do direito: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2008, p. 59.

pensamento jurídico com o mesmo otimismo matemático.

Os anseios da empreitada racional nas ciências jurídicas foram levados a um outro nível com o surgimento, em resposta ao jusnaturalismo moderno, do positivismo jurídico. Nesta corrente filosófica, a norma jurídica passa a ser compreendida como produto puramente convencional. A ideia de romper com conceitos metafísicos como base do direito impulsiona o movimento da codificação adiante.

Na Revolução Francesa, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Sob a influência do direito natural, o documento elenca direitos “naturais, inalienáveis e sagrados” do ser humano, prévios e independentes de qualquer associação política<sup>50</sup>. O trabalho de Marks<sup>51</sup> indica como este processo de positivação veio a influenciar decisivamente a formação da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Era Contemporânea, no âmbito das Nações Unidas, formadas em resposta à Segunda Guerra Mundial. Segundo o autor, a Revolução Francesa teve o propósito de “estabelecer um sistema constitucional na monarquia”<sup>52</sup>, mas “consagrou uma quebra com o passado e acelerou um processo revolucionário que resultou na derrubada da monarquia e eventualmente do sistema feudal, particularmente os atores sociais intermediários naquele sistema”<sup>53</sup>.

O artigo 3 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugura o princípio da soberania da nação como parâmetro geral de legitimidade do governo. É de se notar a tendência universalista<sup>54</sup> do documento, filosoficamente embasado no direito natural, que pretendia enunciar direitos aplicáveis a toda a humanidade, algo que não aconteceu com os movimentos anteriores de restrição do poder estatal. Assim, trata-se de duas importantes inovações em termos de afirmação de direitos humanos: o povo passa a ser a fonte do poder político, e esta noção é universalizada, marcando governos pelo mundo, para além das fronteiras da França.

Várias constituições e declarações de direitos foram elaboradas no âmbito da

---

<sup>50</sup> Conforme se extrai do preâmbulo em: FRANÇA. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Website. < <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> >. Acesso em 02 nov.2020.

<sup>51</sup> MARKS, Stephen P. From the “Single Confused Page” to the “Decalogue for Six Billion Persons”: The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**. vol. 20, no. 3. 1998, p. 460. *JSTOR*, disponível em <[www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777)>, acesso em 03 jan. 2020.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 465.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 465.

<sup>54</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133.

Revolução Francesa. A declaração de 1789 foi relevante por estabelecer a estrita legalidade penal e tributária, bem como afastar intervenções arbitrárias do monarca na propriedade privada, consagrando-a como direito individual oponível ao poder constituído<sup>55</sup>. Além disso, foi o primeiro elemento constitucional do regime político revolucionário<sup>56</sup>, e estabeleceu a nação como nova fonte de soberania estatal. Com efeito, o monarca passa a ser visto como poder constituído<sup>57</sup>, a ser limitado.

A declaração de direitos na Constituição de 1791, acentuando o movimento de abolição de privilégios estamentais da nobreza e do clero, nacionalizou bens eclesiásticos, que foram postos à venda para financiar as operações de guerra do governo revolucionário<sup>58</sup>. Além disso, acrescentou previsões pioneiras em matéria de direitos sociais, estabelecendo o direito à assistência pública a pobres e enfermos, e instrução comum gratuita a todos os cidadãos franceses, no que indispensável a todos os homens<sup>59</sup>.

Em 1793, a monarquia francesa foi deposta para a inauguração de uma República. Com efeito, a Constituição e declaração de direitos de 1793 foi promulgada pelas forças políticas que predominavam na época: negociada entre girondinos e jacobinos<sup>60</sup>. Houve a abolição do voto censitário, previsões relacionadas aos direitos à resistência e à insurreição, e o estabelecimento do novo regime político.

Entretanto, a nova Constituição não chegou a ser aplicada: instituiu-se um governo provisório por comissões de deputados da assembleia. Com a concentração de poderes em Robespierre, na direção da Comissão de Salvação Pública, instaurou-se o Regime do Terror, encerrado com a execução do político. A Constituição de 1795 é uma resposta girondina à ameaça de novas revoltas populares, tendente à consolidação da civilização burguesa<sup>61</sup>.

A nova constituição reloca a soberania para a fórmula neutra “universalidade dos cidadãos” (em lugar de “povo”)<sup>62</sup>, e privilegia a separação e controle dos poderes estatais. Os direitos sociais de 1791 são suprimidos, assim como o de resistência à opressão, expressão e culto. É acompanhada de uma declaração de deveres, que liga

---

<sup>55</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 141-146.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>59</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 155.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 157.



virtudes cívicas a virtudes privadas, e se eleva a propriedade privada a fundamento da cultura agrícola, consolidando o sistema capitalista de produção<sup>63</sup>.

A Revolução Francesa, e os marcos legais de seus movimentos simbolizaram na prática a positivação de direitos fundamentais, concretizando correntes filosóficas que predominavam na época. Conforme sobredito<sup>64</sup>, veio a influenciar decisivamente a linguagem da Declaração Universal de Direitos Humanos na contemporaneidade. Trata-se de evento histórico traumático e altamente simbólico, que veio a servir de referência a movimentos sociais e políticos posteriores. E, tal como toda a rede de fatos históricos que permeia a construção da noção contemporânea de direitos humanos, oferece precedentes relevantes na observação e interpretação da legislação atual, inclusive no que tange à fundamentação das decisões judiciais e administrativas, conforme veremos em momento oportuno.

A próxima grande etapa da história de construção dos direitos humanos é o movimento de internacionalização que responde à 2ª Guerra Mundial<sup>65</sup>. A Segunda Guerra foi um momento histórico de profunda ruptura com as bases de direitos humanos que haviam sido estabelecidas até então, conforme Celso Lafer<sup>66</sup>. O estado totalitário, verdadeira máquina de despersonalização baseada no poder estatal exercido à margem da legalidade, representou uma redução da pessoa humana a supérfluo.

Com o fim da Segunda Guerra e o descobrimento dos horrores dos estados totalitários, até então cobertos pelo sigilo e pelo ambiente da guerra, a comunidade internacional passou a se mobilizar para responder com a construção de um regime jurídico que protegesse a dignidade humana em nível internacional<sup>67</sup>. Esse período histórico revelou a insuficiência da positivação interna dos direitos fundamentais. Estados cuja responsabilidade era a proteção das pessoas sob sua jurisdição

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 157-158.

<sup>64</sup> MARKS, Stephen P. From the “Single Confused Page” to the “Decalogue for Six Billion Persons”: The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**. vol. 20, no. 3. 1998, p. 460. *JSTOR*, disponível em [www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777), acesso em 03 jan.2020.

<sup>65</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. **O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, p. 58, 2008.

<sup>66</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

<sup>67</sup> Sobre as motivações estatais no pós-guerra para a criação e manutenção do direito internacional dos direitos humanos e suas instituições, cf. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 59-68.

deliberadamente suprimiram direitos e garantias do direito positivo, desnacionalizaram arbitrariamente populações (rompendo o vínculo jurídico que tinham com suas garantias legais), e as violaram em sua dignidade de diversas formas.

A insuficiência do modelo de proteção da pessoa humana baseado na positivação interna fez surgir, com efeito, regimes na comunidade internacional, de caráter subsidiário, de modo a garantir que a pessoa humana tenha mecanismos jurídicos de exigência de direitos humanos quando o Estado de sua nacionalidade falha em lhe assegurar a proteção devida. A Declaração Universal de Direitos Humanos marca a inauguração desta resposta internacional. Ela se desenvolveu em costume internacional pela prática reiterada dos Estados com consciência de obrigatoriedade, e foi reforçada por tratados internacionais de âmbito global e regional.

Além disso, por razões similares, operou-se uma mudança no paradigma filosófico dos direitos humanos, a ser estudado a seguir.

Após a consolidação do direito internacional dos direitos humanos — fase em que mais apropriadamente se utiliza a denominação “direitos humanos”, marca da passagem da positivação à internacionalização — assistimos, ainda na contemporaneidade, a um movimento de especificação dos sujeitos vulneráveis, uma participação mais influente de atores não-estatais na promoção e defesa dos direitos humanos, e do desenvolvimento de novos instrumentos a responder desafios de efetividade da norma estabelecida.

É neste contexto que o presente trabalho se insere: em se confirmando que se trata de direito humano, qual a influência desses fatores históricos para a fundamentação das decisões? E, na mesma linha, como assegurar efetividade a esse direito de modo universalmente igualitário, observadas as diferenças culturais?

## **1.2. A falácia das dimensões e as características dos direitos humanos**

Conforme estabelecemos no item anterior, os direitos humanos são produto de um processo longo de construção histórica por um conjunto de fatos amplo. Também vimos que estes fatos não são necessariamente ordenados, mas passam a se organizar sob a influência de relações de poder<sup>68</sup>. Vimos que estas relações e a forma relativamente eurocêntrica que os direitos humanos tomam na contemporaneidade

---

<sup>68</sup> ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. University of California Press, 2008.

não são um mal em si, nem contaminam o conteúdo e o valor dos avanços humanos e democráticos. Destacamos, por outro lado, a importância de se manter consciência das relações de poder na leitura dos acontecimentos históricos.

Fenômeno similar ocorre com a tradição teórica de se dividir os direitos humanos em gerações ou dimensões. Cançado Trindade nos adverte, na apresentação que faz à obra de Piovesan, da necessidade de se manter em mente a unidade e indivisibilidade dos direitos humanos na consideração de suas dimensões:

[...] O quarto exemplo diz respeito à fantasia das chamadas 'gerações de direitos', a qual corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos no tempo. A noção simplista das chamadas 'gerações de direitos', histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da 'sucessão geracional' parecia supor, os direitos humanos não se 'sucedem' ou 'substituem' uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, acumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos. Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e. g., os direitos econômicos e sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos<sup>69</sup>.

Neste trecho, o professor esclarece e reforça, de modo preciso, diversos princípios dos direitos humanos que precedem e se sobrepõem à divisão em dimensões. Esta, por sua vez, tem um caráter meramente ilustrativo e didático, destinado a indicar superficialmente o conteúdo dos direitos humanos. Um dos princípios reforçados pelo professor nesse trecho, e o mais relevante para os fins desta seção, é o da unidade e indivisibilidade. Tal como uma rede ampla de fatos históricos contribui para a construção dos direitos humanos<sup>70</sup>, também normas jurídicas em rede, destinadas à proteção de diversos aspectos da dignidade humana e à resposta a desafios distintos da vida em sociedade contribuem para a formação de um todo, único e indivisível, que só atende a seu propósito se compreendido de

---

<sup>69</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XLI.

<sup>70</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008.

forma holística<sup>71</sup>. Assim, durante o longo processo de construção dos direitos humanos, normas éticas e jurídicas foram surgindo, se somando, expandindo, fortalecendo e ressignificando pelo tempo, com o propósito de proteger a dignidade humana de forma integral.

Um segundo princípio com que se conecta o trecho diz respeito aos sujeitos dos direitos humanos. Os direitos humanos são sempre ferramentas de proteção<sup>72</sup> das pessoas contra os abusos do poder. Disciplinam relações humanas desiguais<sup>73</sup>, com vistas a restaurar a igualdade pela proteção jurídica da dignidade dos indivíduos e grupos sociais mais vulneráveis. Decerto todas as pessoas têm direitos humanos, mas, especialmente na contemporaneidade, há indivíduos e populações mais expostas ao poder (econômico, político, militar, dentre outros), ou seja, mais vulneráveis, que ensejam camadas adicionais de proteção da dignidade destinadas ao atendimento de suas especificidades. É o caso das mulheres, idosos, crianças, minorias étnico-religiosas, populações LGBTQIA+, pessoas com mobilidade reduzida. É o que se constata no trabalho da professora Jubilut<sup>74</sup>, como parte do processo de expansão e especificação dos sujeitos do direito internacional dos direitos humanos.<sup>75</sup> Nesta linha (de vulnerabilidade v. poder), o professor Cançado Trindade observa no parágrafo acima a necessidade de se atentar à “tentação dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias”. Isto se conecta com outros trechos de sua apresentação que identificam este traço com maior clareza<sup>76</sup>.

Embora o trecho faça referência à terminologia já relativamente superada de “gerações” de direitos humanos (abandonada justamente por conta do problema da

---

<sup>71</sup> Vemos exemplo disso em: JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 63, 2008.

<sup>72</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XXXIX: “Trata-se essencialmente de um *direito de proteção*, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados.” (grifo no original)

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XLI: “O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos.”

<sup>74</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 55-68, 2008.

<sup>75</sup> A outra parte desse processo é a inclusão da sociedade civil e entidades privadas na formação e promoção dos direitos humanos, cada vez mais em adição às iniciativas estatais. *Ibidem*, p. 65-66.

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XXXIX-XLVI.

alegoria de sucessão geracional), temos que o raciocínio tem bases sólidas nos princípios de direitos humanos e é perfeitamente aplicável à noção mais recente de “dimensões”.

Seja qual for o nome que se dê a grupos de direitos humanos, não se trata de divisão fiel à realidade jurídica da disciplina (que é una), mas simples ilustração de parcelas de seu conteúdo. Deve-se atentar rigorosamente a este limite teórico, e se recordar que se trata de um conjunto, indivisível e completo de normas que interagem entre si, para o fim de afastar da noção de dimensões:

[...] construções teóricas nefastas que, invocando a pretensa natureza jurídica de determinadas categorias de direitos, buscam negar-lhes meios eficazes de implementação (...) como se o ser humano, titular de todos os direitos humanos, pudesse ‘dividir-se’ nas diferentes áreas de sua atuação<sup>77</sup>.

De todo modo, reconhecendo alguma utilidade didática na apresentação do conteúdo dos direitos humanos, referimo-nos à tradicional divisão em três dimensões. Mas sublinhamos enfaticamente a advertência de Cançado Trindade vista acima, cientificamente apropriada, para que se atente ao caráter ilustrativo e de certa forma precário desta divisão, prestigiando-se sempre o a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que são verdades científicas resultantes de sua evolução histórica, seu processo de afirmação e construção, e seu fundamento filosófico aceito mais largamente na contemporaneidade.

Dito isso, quais seriam as gerações ou dimensões de direitos humanos?

Segundo Ramos<sup>78</sup>, o ambiente político da Guerra Fria em que se conceberam os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas foi responsável pela cisão inicial dos direitos em dois tratados distintos. Os países do bloco capitalista tinham interesse político em afirmar internacionalmente os direitos e liberdades civis e políticos consagrados em seus sistemas, mas resistiam ao reconhecimento de direitos sociais, econômicos e culturais como direitos humanos exigíveis.

Os países do bloco socialista privilegiavam condições sociais, econômicas e culturais igualitárias, mas eram marcados por governos autoritários e intervenções mais incisivas da coletividade, representada pelo poder político, sobre o indivíduo. Com efeito, foram elaborados dois tratados para estas duas categorias de direitos, a

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. XL.

<sup>78</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

fim de se obter o maior número de adesões possível naquele contexto geopolítico.

Com o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a queda do Muro de Berlim, e o declínio do bloco socialista, desfez-se o esquema político bipolar que predominava, abrindo-se o caminho para a Declaração e Plano de Ação de Viena de 1993, em que a unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos foi reconhecida em nível internacional. Estas características, no entanto, sempre fizeram parte do conjunto de direitos humanos porque resultam diretamente de seu processo de construção histórica e teórica.

Com efeito, na superada tradição geracional, os direitos civis e políticos, de primeira geração ou de liberdade, seriam prestações estatais negativas, em que o estado se compromete a limitar sua atuação de modo a não invadir a esfera privada dos seres humanos sob sua jurisdição. Entre os civis, encontraríamos, por exemplo, o direito à vida, à integridade física, à liberdade, ao devido processo legal, à locomoção, à igualdade perante a lei, ao duplo grau de jurisdição, à intimidade, liberdade religiosa, liberdade de expressão.

Ainda na primeira geração, estariam os políticos, como a participação nas decisões dos negócios públicos de forma ativa e passiva, com direito ao voto e à candidatura, em eleições periódicas, por sufrágio igualitário, universal e secreto.<sup>79</sup>

Se fôssemos considerar tal paradigma — que consideramos cientificamente equivocado, porque está em conflito com os dados reunidos neste capítulo — seguiríamos a tradição de considerar o direito à fundamentação das decisões como sendo meramente de primeira geração.

Temos por hipótese, no entanto, a ideia de que nenhum direito humano é de dimensão única: todos necessariamente percorrem as dimensões (ou seja, atributos, e não grupos). O desenvolvimento da metodologia colocará a fundamentação das decisões em contato com outros aspectos que não o civil-político da proteção da dignidade humana, a fim de verificar se tal direito é multidimensional, integrando-se ao direito dos direitos humanos.

Na segunda geração, por sua vez, encontramos os direitos econômicos e sociais, ditos de igualdade, que seriam aqueles ligados à “participação do indivíduo

---

<sup>79</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 90.

no bem-estar social”<sup>80</sup>. Demandariam prestações positivas do Estado, a fim de “garantir às camadas mais miseráveis da sociedade a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos”<sup>81</sup>.

Alguns exemplos são o direito à associação sindical; de greve; a condições de trabalho justas; à proteção contra a fome; entre outros. Nesta geração, também se incluiria o direito a um “nível de vida adequado para si próprio e para sua família”<sup>82</sup>, com alimentação, moradia, vestimenta, melhoria contínua das condições de vida, saúde e assistência médica, educação, entre outros. Ainda na segunda geração, os direitos culturais indicam a participação do indivíduo na vida cultural de uma comunidade, a manutenção do patrimônio histórico-cultural que concretiza sua identidade e memória, desfrutar do progresso científico, entre outros.

A terceira geração ou dimensão, dita de solidariedade, estaria ligada à “descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana”, nas palavras de Ramos<sup>83</sup>. Como exemplos, o autor oferece o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio-ambiente equilibrado, e o reconhecimento dos fundos do oceano como patrimônio comum da humanidade.

Sarlet<sup>84</sup>, entretanto, na linha de Bonavides<sup>85</sup>, examina positivamente a possibilidade da existência de direitos de quarta e quinta dimensão (democracia direta, o pluralismo, e informação). Sarlet se opõe a Oliveira Júnior ao sustentar que os direitos que este último apresenta como integrantes de quarta e quinta geração (biotecnologia e realidade virtual, respectivamente)<sup>86</sup> na realidade são apenas novos desafios da vida pós-moderna, com soluções dedutíveis das três primeiras dimensões. Temos, no entanto, que a própria noção de dimensões como grupos e a

---

<sup>80</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.

<sup>81</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 85.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>84</sup> SARLET, I.W. **A Eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed., Livraria do Advogado, 2010. p. 50-57.

<sup>85</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 586-609.

<sup>86</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, J. A de. Constituição e direitos humanos fundamentais — exigibilidade e proteção. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/integra.pdf>. Acesso em 22 fev. 2021.

tentativa de compartimentar os direitos humanos nelas é essencialmente errônea<sup>87</sup>, pelas razões indicadas mais adiante.

Norberto Bobbio também menciona o surgimento de direitos de quarta dimensão, mas indica direitos bastante distintos dos mencionados pelos autores acima. Segundo ele:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.<sup>88</sup>

Talvez a separação dos direitos humanos em diplomas temáticos ao longo da história de sua formação no direito internacional, a exemplo da repartição supramencionada no ambiente político da Guerra Fria, tenha contribuído para a formação da teoria geracional por Karel Vasak, na Conferência de 1979<sup>89</sup>.

O ânimo pela expansão e acumulação do conteúdo dos direitos em defesa da dignidade humana pode ter inspirado a difusão da teoria nos anos subsequentes. Isso não apenas com a repetição dogmática<sup>90</sup> do conceito, como também do acréscimo de gerações ou dimensões ulteriores<sup>91</sup>, adicionadas em resposta aos novos desafios da globalização à dignidade humana — uma imprecisão teórica que desconsidera a complexidade do processo histórico de construção dos direitos humanos.

Seja qual for a razão da popularidade da teoria, ela não se sustenta cientificamente quando cotejada com o processo histórico de construção dos direitos humanos. Cançado Trindade observa, por exemplo, o fato de os direitos sociais haverem precedido os direitos civis e políticos na ordem jurídica internacional, a

---

<sup>87</sup> Ademais, o problema de adicionar uma quarta e quinta dimensões aos direitos humanos sem que tenham passado pelo processo histórico longo de consolidação como as três primeiras nos leva ao perigo de banalizar politicamente uma ordem que ainda exige luta para se manter.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Nelson Coutinho. Nova edição. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

<sup>89</sup> VASAK, Karel. “**For the third generation of human rights: the rights of solidarity.**” Inaugural lecture, tenth study session, International Institute of Human Rights. July 1979.

<sup>90</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XL.

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 586-609.



exemplo das primeiras convenções do trabalho<sup>92</sup>.

Piovesan, por sua vez, nota que “uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação”, a exemplo do impacto das exigências ambientais sobre as garantias de propriedade<sup>93</sup>. Isto é consenso, e é observado mesmo pelos autores que utilizam a divisão em dimensões — como Bonavides, quando reconhece “não existir realmente uma sucessão ou desaparecimento de uma geração por outra, mas também quando um novo direito é reconhecido, os anteriores assumem nova dimensão, de modo a melhor interpretá-los e realizá-los”<sup>94</sup>.

Concordamos com a afirmação de Bonavides: de fato, a descoberta de novo direito ressignifica os anteriores em alguma medida, de modo a compatibilizá-los no sistema ético-jurídico de direitos humanos. Há consenso teórico em torno disso.

Entretanto, a separação em dimensões que prevalece até o presente momento reflete sem fidelidade as peculiaridades de cada direito adicionado; e referencia incorretamente o momento histórico de sua aparição.

A realidade — por certo muito mais complexa — é que o sistema ético e jurídico de direitos humanos é, conforme constatado no início do capítulo, um construído histórico formado por fatos em rede, inicialmente desconexos, amarrados sob a influência de relações de poder<sup>95</sup>. Assim, cada direito, a rigor, deve ser analisado com seu processo único de construção e as conexões que forma com os demais ao longo da história e através das dimensões (que são eixos ou aspectos de todos).

Os direitos não nascem em pacote, por “dimensão”, mas cada um é acrescentado, expandindo as exigências globais de proteção da dignidade humana e ressignificando os demais, a seu tempo. Cada regra, cada princípio, em tratado ou costume; e mesmo construções filosóficas subjacentes, se acrescenta individualmente ao sistema de direitos humanos, impactando o conjunto num processo de ressignificação expansiva. A ideia de dimensão como conjunto de direitos nos parece, após a análise da bibliografia pertinente, uma simplificação indevida

---

<sup>92</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XLI.

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998, p. 27.

<sup>94</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., *apud* RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 87.

<sup>95</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008.

desse complexo processo histórico-político.

Além do mais, o próprio critério que separa uma dimensão de outra é, muitas vezes, arbitrário. A ideia de que os direitos que seriam da primeira geração exigem prestações negativas do Estado, por exemplo, é falsa: ignora os custos da manutenção da segurança pública para defesa da vida, integridade física, liberdade pessoal e propriedade privada; como também despreza as despesas necessárias para a construção de um sistema de justiça observador das garantias procedimentais consagradas entre os direitos humanos, freios e contrapesos ao poder estatal, e, ainda; desconsidera o custo da manutenção de um sistema eleitoral eficaz que sirva à representação das populações de um povo<sup>96</sup>.

Todas as três dimensões englobam ações e abstenções das formas de poder sujeitas a suas normas (principalmente ações e abstenções estatais). Ou seja, as três dimensões — civil-política; social-econômica; e difusa — possuem, cada uma, face positiva e face negativa.

Com efeito, a separação, aparentemente didática e ilustrativa, do conteúdo do verdadeiro sistema de direitos humanos em gerações ou dimensões é distorcida pela repetição dogmática<sup>97</sup> e sob a influência das relações de poder<sup>98</sup> no interesse de “promover os direitos econômicos e sociais como justificativa para minimizar os direitos civis e políticos”<sup>99</sup>.

Noutro extremo, corre-se o risco de atribuir aos direitos econômicos, sociais e culturais caráter “meramente programático”, negando sua força normativa e atribuindo regime jurídico diverso a regras e princípios que, em verdade, são produto de um mesmo processo histórico, e destinadas a um mesmo objetivo, de proteção da dignidade humana contra os excessos das várias formas de poder.

Bem por isso Ramos concorda com a necessidade do afastamento da visão atomizada dos direitos humanos.<sup>100</sup> Entendemos no mesmo sentido, pois os direitos humanos sendo um conjunto de proteção da dignidade frente ao poder, devem ser

---

<sup>96</sup> Sobre o assunto, cf. DONNELLY, Jack. “**Universal Human Rights in theory and practice**”. Ítaca e Londres: Cornell University Press, 1989, p. 100-101.

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XL.

<sup>98</sup> Ibidem, p. XLI.

<sup>99</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “**Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**.” Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993, p. 223.

<sup>100</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 88.

lidos com atenção às relações de poder em cuja oposição vêm.

Nas atentas palavras de Cançado Trindade:

A visão fragmentada dos direitos humanos interessa sobretudo aos regimes autoritários, ao autoritarismo sem bandeiras, seja no plano político, seja no plano econômico-social; tal visão tem servido aos interesses dos responsáveis pelos abusos e violações ostensivos de ontem dos direitos humanos e pelas iniquidades econômico-sociais veladas de hoje.<sup>101</sup>

Isto será relevante para os fins deste trabalho, pois, ao oferecer uma perspectiva de direitos humanos à fundamentação das decisões estatais, pretendemos visualizá-lo não simplesmente numa dimensão ou categoria, mas de forma individualizada e multidimensional, de modo a relacioná-lo com o todo dos direitos humanos como parte de um contexto maior a servir de proteção efetiva à dignidade humana.

Para tanto, rejeitamos a ideia de que certo direito ou garantia enquadra-se perfeitamente num grupo. Em vez disso, analisamos as várias dimensões (ou aspectos) de um mesmo direito, e como ele se relaciona com as demais normas e fundamentos do Direito dos Direitos Humanos.

O trabalho de Ramos<sup>102</sup> oferece uma visão sistemática dos princípios e características dos direitos humanos na ordem internacional, apresentando a gramática<sup>103</sup> da disciplina, a partir do conceito de Vieira.<sup>104</sup> Trata-se de introdução esclarecedora às características, princípios e diretrizes de interpretação dos direitos humanos.

Por meio de longo raciocínio, cuja análise detalhada escapa ao âmbito deste trabalho, o autor nos apresenta a superioridade normativa dos direitos humanos no plano internacional, em razão de seu conteúdo, como também da tendência de sua consolidação formal como normas de *jus cogens*, com base em prescrições da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados<sup>105</sup>.

Essa qualidade normativa é a única solução compatível com o propósito dos direitos humanos na ordem jurídica internacional: para cumprir sua missão histórica

<sup>101</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993, p. 223.

<sup>102</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 5

<sup>104</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. **Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União**, ano I, número 4, jul./set. 2002, p. 13-33.

<sup>105</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 176.

de proteção da dignidade humana contra os abusos do poder, as normas da matéria não podem estar sujeitas à derrogação arbitrária pelo poder estatal.

Isso nos leva a outra característica do direito dos direitos humanos identificada pelo autor, que é a proibição do retrocesso<sup>106</sup>, face ao caráter evolutivo da construção histórica que são.

Normas jurídicas e interpretações supervenientes não podem vir a diminuir a proteção jurídica previamente assegurada ao titular de direitos humanos. Temos na regra do art. 4, parágrafo 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>107</sup> um exemplo nesse sentido: a pena de morte não pode ser restabelecida nos países que já a tiverem abolido. A proibição do retrocesso flui da mesma maneira que a superioridade normativa do propósito dos direitos humanos, que impõe a necessidade de freios ao arbítrio estatal, e vale tanto para os direitos internos (como comportamentos estatais) quanto para tratados internacionais supervenientes.

Ainda neste tema, uma segunda observação interessante do ponto de vista do autor diz respeito ao conceito de “progressividade”, vista em alguns tratados internacionais de direitos humanos: quando o texto da norma expressamente estabelece caráter progressivo, ela veda o regresso. Portanto, quando assumem obrigação deste tipo, especialmente no caso dos direitos mais ligados a aspectos sociais e econômicos da dignidade humana, os estados se comprometem a implementar políticas públicas que conduzam à maior efetividade dos direitos protegidos<sup>108</sup>.

Isso influi na interpretação de tratados de direitos humanos: essa disciplina normativa tem caráter histórico evolutivo por excelência<sup>109</sup>. Na mesma forma que não se pode legislar para retroceder, não se pode interpretar para retroceder.

Para que não haja dúvida, tracemos uma distinção entre superioridade normativa e progressividade ou vedação ao retrocesso. A superioridade normativa é o princípio pelo qual, no conflito entre normas, uma de direitos humanos (que tutela direito dos indivíduos contra o poder) e outra de direito internacional público comum (que é consensual e tutela interesses estatais), deve prevalecer a disciplina de direitos

---

<sup>106</sup> Ibidem, p. 243.

<sup>107</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Legislação. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 01 jun.2020.

<sup>108</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 244.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 105-106.

humanos, posto que não é dado ao Estado transigir com a dignidade de seres humanos.

Portanto, uma norma de direitos humanos é indisponível e só pode ser derogada ou modificada por outra norma de direitos humanos (ou que, de outra maneira, seja considerada *jus cogens*). Normas baseadas no consentimento de um Estado ou de um grupo de Estados que se dirigem a interesses disponíveis não têm o condão de afetar a proteção da dignidade humana, que é superior.

Isso se distingue sutilmente da vedação ao retrocesso ou progressividade. A progressividade ou vedação ao retrocesso é o princípio que estabelece que a proteção da dignidade humana (mais uma vez: considerada a sua historicidade) deve se expandir, e não retroceder. Isso significa que não pode uma norma de direitos humanos vir a mitigar a proteção da dignidade da pessoa humana, oferecendo disciplina geral menos abrangente.

Isso não significa uma imutabilidade, nem uma inderrogabilidade absoluta. Para nos certificarmos disso, basta perceber o que ocorreu com a proteção da propriedade privada, ou com a liberdade contratual: outrora concebidas como muito mais individuais do que hoje, foram mitigadas pelas exigências de função social. Diminuiu-se a propriedade e a liberdade de contratar, mas ampliou-se a dignidade humana — porque se freou um poder excessivo (o econômico) de que se abusava em prejuízo da dignidade de seres humanos mais vulneráveis.

Esta é a essência dos direitos humanos. Frear excessos de poder contra os que são manifestamente desiguais. Progressividade, assim, significa que uma nova disciplina de direitos humanos não pode oferecer uma proteção global (porque indivisível) da dignidade humana mais estreita que a disciplina anterior, ensejando mais abusos do poder.

Na linha de pensamento de Ramos<sup>110</sup>, os direitos humanos são universais. Isso significa dizer que, como decorrência lógica do processo de construção, são de titularidade de todos os seres humanos, sem distinção de religião, gênero, raça, nacionalidade, convicção política, entre outras<sup>111</sup>. Trata-se de um consenso científico na atualidade: os direitos humanos devem ser assegurados a todos.

Entretanto, muito se discute sobre o cotejamento da noção de universalidade

---

<sup>110</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 244.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 179.

dos direitos humanos com as ideias de independência e autodeterminação dos povos, atenção às diferenças culturais e soberania nacional. Como conceber direitos humanos universais num mundo de estados soberanos independentes com diferenças culturais acentuadas e ordenamentos jurídicos próprios?

A solução nos parece reconhecer o Direito Internacional dos Direitos Humanos como um conjunto de parâmetros globais, mínimos, de observância obrigatória para todos os Estados, estabelecido histórica e juridicamente pelo consenso<sup>112</sup>.

Embora os detalhes da implementação dos direitos humanos variem conforme o tempo e local, o estado atual de afirmação histórica desses direitos cuidou de afirmar consistentemente a raiz deles de modo universal: não há sociedade que ignore noções de dignidade humana. Os direitos humanos expressam, assim, um mínimo necessário de observância universalmente obrigatória, com base no consenso e no processo de construção histórica. As especificidades da implementação, e proteções adicionais em regimes locais — citando, por exemplo, o regime jurídico de refugiados na América Latina<sup>113</sup> ou a abolição local da pena de morte<sup>114</sup> — é que vão variar de modo a se adaptar a cultura local, levando-se em consideração a linguagem e os costumes próprios de cada sociedade para abrir o caminho do diálogo.

Isso é fundamental para que se prossiga na afirmação histórica dos direitos humanos<sup>115</sup> — que, na lição arendtiana pós-guerra, são um construído humano que necessita de vontade política para se manter estabelecido, dirigido à proteção da dignidade, que é dada<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> E, mais especificamente, pelas fontes do Direito Internacional reconhecidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que expressa um costume internacional consagrado, conforme SHAW, Malcom N. **International law**. 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 69-128.

<sup>113</sup> Trata-se do costume internacional localizado decorrente da Declaração de Cartagena de 1984. Nele se incluem, para os países da América Latina, vítimas de grave e generalizada violação de direitos humanos na definição de refugiados, expandindo a proteção da Convenção de 1951 sobre o Status de Refugiado. Em última análise, houve ampliação local do direito humano universal de buscar asilo.

<sup>114</sup> Em países que optaram pela abolição imediata da pena de morte, ampliou-se localizadamente a proteção universal do direito à vida. A exigência universal é de abolição progressiva, conforme art. 6º do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

<sup>115</sup> Expressão de Fábio Konder Comparato, que consideramos precisa, tal como comenta: RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 81, nota 143.

<sup>116</sup> Conforme LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 153: “*É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários.*”

Somente o respeito à diferença<sup>117</sup>, ouvindo-se a identidade<sup>118</sup> coletiva dos povos e dando a oportunidade de se autodeterminarem segundo escolhas livres e informadas, que os direitos humanos podem se estabelecer no mundo multicultural e pluralista em que vivemos. Não é consistente com a sistemática de direitos humanos intervir numa sociedade para a imposição de um modelo eurocêntrico de conduta. É preciso construir a afirmação histórica dos direitos humanos sempre a partir da sociedade local, em respeito à sua autonomia e às suas diferenças como expressão da diversidade humana.

Em outras palavras, os direitos humanos são universais, porquanto expressões de uma dignidade humana radical e invariável, que é um dado<sup>119</sup> — mas o modo de implementação deve observar as diferenças locais, em respeito à diversidade como elemento da dignidade<sup>120</sup>.

Steiner e Alston enfrentam em seu trabalho a tensão universalidade dos direitos humanos e relativismo cultural. Os autores observam corretamente como culturas de países de menor desenvolvimento relativo foram sujeitas a uma “ocidentalização disruptora” (*a rather disruptive Westernization*<sup>121</sup>), incorporando sob relações de poder valores e instituições da sociedade capitalista moderna, com o entusiasmo de governantes locais.

Com efeito, segundo os autores, é preciso atenção às argumentações cínicas que pretendem afastar a concretização dos direitos humanos com pretextos de preservação cultural vindas de forças locais que, quando convém, são as primeiras a

---

<sup>117</sup> E no combate à desigualdade, na linha da dicotomia bem construída por: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116. O autor ensina por diversas vezes em sua obra que as diferenças são biológicas ou culturais, e devem ser respeitadas, pois são o fundamento da diversidade humana. Identificamos uma relação com a dignidade neste ponto, uma vez que a massificação e a eliminação das diferenças é nitidamente objetificante, incompatível com os direitos humanos e violadora da autonomia humana. As diferenças, nesses termos, não implicam superioridade ou inferioridade entre seres humanos. As desigualdades, ao revés, devem ser combatidas, porque são “criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de algumas pessoas ou grupos a outros.”

<sup>118</sup> Sobre a importância da identidade cultural na Era da Informação em que vivemos, confira: CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Coleção A era da informação: economia, sociedade e cultura. 3ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

<sup>119</sup> Na linha de LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 150.

<sup>120</sup> Exemplo interessante, no campo do direito processual, é visto no trabalho de STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip, **International Human Rights in context – Law, Politics and Morals**. 2. ed., Oxford University Press, 2000. p. 366, quando os autores observam que não é necessária a instituição do júri anglo-americano para a observância do direito a um processo justo.

<sup>121</sup> STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip, **International Human Rights in context – Law, Politics and Morals**. 2. ed., Oxford University Press, 2000. p. 552-553.

suprimir práticas culturais que contrariam o *establishment*.

Além disso, Steiner e Alston notam a linguagem universalizante dos tratados e declarações de direitos humanos no direito internacional<sup>122</sup>, o que vem ao encontro de nossa argumentação de que a universalidade como característica dos direitos humanos está consolidada por seu processo de construção histórica, e, como tal, deve influenciar a interpretação que se faça das normas jurídicas nesse tema, como já mencionamos<sup>123</sup>.

Outros princípios relacionados com a universalidade dos direitos humanos são o caráter *erga omnes* das obrigações que encerram, e sua eficácia horizontal. Isto significa dizer que os direitos humanos não encerram apenas obrigações estatais, mas obrigações oponíveis a abusos por parte de todas as espécies de poder, inclusive as vindas de outros atores sociais.

Conquanto atores não-estatais de regra não tenham capacidade para celebrar tratados, e não sejam vistos como sujeitos de direito internacional pela doutrina clássica, é certo que os direitos humanos são aplicáveis à proteção da dignidade humana, qualquer que seja a força violadora. O Estado figura, assim, como garantidor, exercendo jurisdição sobre outros atores, mas isso não elimina a possibilidade de se afastar violações por parte de atores privados.

Ademais, raciocínio semelhante se aplica a Estados não-signatários de pactos escritos de direitos humanos. As normas de direitos humanos, resultado de um processo histórico de afirmação, expressam um consenso global sobre a proteção da dignidade humana, e podem ser invocadas como disposições costumeiras do Direito Internacional. Onde houver prática reiterada dos Estados, com a consciência de obrigatoriedade de certa conduta, ela passa a integrar o Direito Internacional como costume internacional, fonte primária e vinculante de obrigações jurídicas.

A figura do objeter persistente, vista na aplicação dos costumes em Direito Internacional clássico, é incompatível com a natureza jurídica das disposições de direitos humanos, em que prevalece a indisponibilidade, bem acima de qualquer exigência de reciprocidade.

---

<sup>122</sup> STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip, **International Human Rights in context – Law, Politics and Morals**. 2. ed., Oxford University Press, 2000. p. 367.

<sup>123</sup> Esta é a razão de ser da reconstrução histórica desenvolvida no início deste trabalho. Se tratássemos de outro ramo do direito, seriam outras as regras de interpretação — mas enquanto falamos de direitos humanos, falamos necessariamente de um construído histórico voltado à proteção da dignidade, que necessita observar e refletir sobre seu processo de construção para atingir seu objetivo como norma jurídica.



Há que se recordar que tratamos de uma ordem de proteção de direitos dos seres humanos face aos abusos do poder — e não de interesses do Estado e seus governos face a outros Estados e governos. A celebração de tratados é feita pelo agente estatal como garantidor de direitos humanos — o mesmo não ocorre na derrogação, reserva, renúncia, e outras formas de disposição vistas no Direito Internacional clássico.

Em outras palavras, o interesse na proteção da dignidade humana é de todos os seres humanos, e não de governos em particular — o Direito Internacional é apenas um dos meios de garantir esta proteção, aplicado com as adaptações necessárias ao objetivo.

Disso se segue a ideia de superioridade normativa, e o enquadramento de normas jurídicas de direitos humanos como *jus cogens* internacional — direito cogente, que não pode ser derogado a não ser por norma de mesma natureza.

A superioridade normativa assegura que a proteção do ser humano não esteja sujeita a voluntarismos governamentais, o que é aceito pela doutrina internacionalista e afigura-se compatível com o estágio atual de seu processo de afirmação, e seu fundamento filosófico contemporâneo como construção humana em favor da dignidade dada.

Há, com efeito, uma posição hierárquica superior das normas de direitos humanos em relação às demais normas jurídicas no plano internacional. A antinomia entre uma norma gerada por interesses estatais e outra norma, com base no interesse da humanidade na proteção da dignidade, deve ser resolvida em favor da proteção humana — deixando de lado a vontade estatal.

Contudo, não basta que as normas jurídicas de direitos humanos estejam bem estabelecidas internacionalmente, se permanecerem sujeitas ao voluntarismo internacional pela via da interpretação<sup>124</sup>.

Por esta razão, e de modo consistente com o conjunto teórico dos direitos humanos, são necessárias diretrizes de interpretação que se destinem ao cumprimento de seu objetivo como direito de proteção. Desta forma, em adição aos parâmetros clássicos do Direito Internacional (como a primazia do sentido comum do

---

<sup>124</sup> O mesmo ocorre com normas do direito internacional clássico: parâmetros uniformes de interpretação são necessários para garantir os objetivos da norma. Por esta razão o costume internacional, eventualmente codificado na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, veio a tratar da matéria.

texto, e a aplicação subsidiária de outras técnicas de hermenêutica para suprirem-lhe as obscuridades), há especificidades da interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se, por exemplo, da regra de interpretação *pro homine*: dá-se preferência ao sentido do texto que melhor se destine à proteção do indivíduo ou grupo titular do direito. Outro exemplo é a historicidade, já justificada no início deste trabalho.

Ademais, em complemento à proteção do indivíduo pela interpretação mais favorável, segue a proteção do indivíduo pela norma mais favorável. Isso é particularmente relevante porque as normas de direitos humanos não existem isoladamente no plano internacional global. Ao contrário, elas complementam e interagem com normas de direito internacional regional, e mesmo com normas jurídicas dos direitos internos.

Tratando-se de direito essencialmente de proteção, caberá sempre ao titular do direito humano em questão a escolha pela norma jurídica mais favorável, quando muitas forem simultaneamente aplicáveis ao caso.

Por uma questão de subsidiariedade, no entanto, apenas um dos sistemas — o escolhido como mais favorável — se aplicará por vez, aplicando-se, ainda, em alguns sistemas, o esgotamento das instâncias locais antes do acionamento de instâncias internacionais. Trata-se de disposição voltada a preservar em alguma medida a soberania estatal e a autonomia dos povos.

Entretanto, falamos de competência para decidir e tomar as ações necessárias sobre a violação dos direitos humanos (tendo em vista a obrigação estatal de fazê-lo pelas pessoas sob sua guarda). Falhando o Estado em assegurar a correta proteção dentro dos parâmetros mais favoráveis, locais e internacionais, as instâncias internacionais serão chamadas a suprir-lhe a falha, para que o ser humano tenha a quem recorrer quando seu Estado não garante seu direito.

Neste momento da pesquisa, reunimos, assim, as principais características históricas e jurídicas dos direitos humanos, com ênfase no plano internacional. Restamos identificar aspectos morais e filosóficos da disciplina, e seguir para a aplicação deste conhecimento à problemática específica da motivação das decisões judiciais.

### **1.3. A fundamentação contemporânea dos direitos humanos e seu impacto sobre o Direito**

A reflexão final do primeiro capítulo deste trabalho de pesquisa concerne ao

fundamento filosófico dos direitos humanos em geral. Com este último elemento teórico, cotejado com o que vimos quanto ao processo de construção dos direitos humanos (1.1) e suas características jurídicas (1.2), teremos um panorama bem estabelecido sobre os direitos humanos na forma em que se apresentam atualmente.

Já vimos que os direitos humanos como construção jurídica são decorrência de seu processo de afirmação histórica — e que, portanto, somente com uma visão interligada de seus aspectos jurídico, histórico e filosófico pode-se levá-los a atingirem seus objetivos como normas jurídicas.

Há que se lembrar, ainda, que o processo de construção e afirmação dos direitos humanos não se encerrou, mas segue em desenvolvimento, com a expansão dos sujeitos titulares de proteção especial, a inclusão de atores não-estatais em sua elaboração e implementação, e o surgimento de novas formas de ameaça à dignidade humana, a ensejar respostas jurídicas adequadas<sup>125</sup>.

Não há como se falar do fundamento filosófico dos direitos humanos sem falar de seu processo de construção: trata-se de uma mesma evolução histórica que avança aspectos jurídicos e aspectos filosóficos. Assim, inevitável a repetição no que tange às influências culturais das sociedades antigas durante o Período Axial.<sup>126</sup> Firmamos, com base no trabalho de Ishay<sup>127</sup> a influência decisiva das religiões no fornecimento de antecedentes históricos para os direitos humanos. Podemos afirmar com segurança que o primeiro fundamento para a dignidade humana foi o divino.

Nisso, várias religiões têm alguma participação, conforme as convergências dos trabalhos de Ishay<sup>128</sup> e Comparato<sup>129</sup>. Desde a época em que predominava o politeísmo e o saber mitológico já havia referências importantes à singularidade da vida humana, de cunho religioso e cultural<sup>130</sup>.

O Cristianismo, que veio eventualmente a prevalecer devido ao desenvolvimento eurocêntrico de fatos históricos ligados à consolidação moderna dos

---

<sup>125</sup> Como demonstra o trabalho de JUBILUT, Líliliana Lyra. **O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, p. 55-68, 2008.

<sup>126</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

<sup>127</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008, p.5.

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>130</sup> A exemplo do mito de Prometeu Acorrentado. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

direitos humanos, tem influências relevantes na concepção de pessoa e dignidade. Alguns exemplos são a situação do homem na criação divina como ser nomeante<sup>131</sup> em permanente incompletude<sup>132</sup>, e as exigências da moralidade cristã de comunhão universal<sup>133</sup>.

Outras religiões ofereceram contribuições que contaram ao longo da história e serviram de importantes precedentes à moralidade moderna, e aos direitos humanos. Por exemplo, de acordo com Ishay<sup>134</sup>, o budismo apresenta a importância de se trabalhar pela salvação dos outros, para além dos próprios interesses, como caminho intermediário entre a autoindulgência e a autorrenúncia.

Com o início da reflexão do ser humano sobre si mesmo, passamos a afastar as noções de dignidade da pessoa humana do campo religioso para o ético, filosófico e jurídico. Nesses aspectos, Ramos refere-se em seu trabalho<sup>135</sup> a quatro tratamentos à fundamentação para os direitos humanos a partir do conceito de Silva<sup>136</sup>: os negacionistas, os jusnaturalistas, os positivistas e a fundamentação moral.

Segundo o Ramos<sup>137</sup>, os negacionistas são aqueles que consideram a fundamentação (justificativa) para os direitos humanos como impossível ou perigosa. O autor exemplifica esta corrente com os pensamentos de Norberto Bobbio e Alf Ross.

Para Bobbio, continuador da linha juspositivista de Hans Kelsen, e, com menos ênfase, Herbert Lionel Adolphus Hart<sup>138</sup>, há uma distinção rígida entre os direitos que se tem e os direitos que se gostaria de ter, e isso influencia a busca por seu fundamento<sup>139</sup>.

No primeiro caso, segundo Bobbio, deve-se investigar o ordenamento jurídico, à procura de norma válida que reconheça o direito ao titular. No segundo, a

---

<sup>131</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>134</sup> ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era.** University of California Press, 2008, p. 21.

<sup>135</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>136</sup> Define-se como fundamentação dos direitos humanos como “as razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos direitos humanos”, de acordo com: SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário, in TORRES, Roberto Lobo. **A legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 99-138.

<sup>137</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>138</sup> Conforme ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Positivismo Jurídico de Bobbio.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 23 mar. 2020.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 15.

investigação se dirige a razões que convençam as pessoas com poder direto ou indireto de produzir normas a reconhecê-lo<sup>140</sup>. O autor situa a busca pelo fundamento dos direitos humanos no campo da filosofia e lhe faz a seguinte crítica:

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também por pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento<sup>141</sup>.

Trata-se do que Bobbio chama de ilusão do fundamento: a ideia de que a comunidade filosófica busca um fundamento racional último, irresistível para a aceitação dos direitos humanos, que, empiricamente, não existe — e que não cabe à ciência jurídica, por ser elemento estranho ao ordenamento, nem seria meio eficaz à promoção dos direitos humanos, no campo da política. Para ilustrar seu ponto, Bobbio faz uma alegoria do papel do fundamento irresistível como elemento de convencimento supremo — que põe quem se oponha fora da comunidade racional — comparando-o com o poder irresistível (indicando Hobbes), que põe quem se oponha fora da comunidade de pessoas justas e boas. O autor desenvolve sua crítica à ilusão do fundamento em quatro vertentes:

Primeiramente, Bobbio indica a vagueza da expressão “direitos do homem”. De acordo com ele, as definições de direitos do homem ou tendem a ser tautológicas; ou falham ao indicar o regime que se pretende dar a eles sem indicar seu conteúdo; ou, ainda, indicam o conteúdo com referências excessivas a termos avaliativos, cujo sentido varia conforme a ideologia do intérprete<sup>142</sup>.

Isso significa, segundo o autor, que os direitos humanos são uma expressão indefinida que indica apenas “condições para a realização de valores últimos”.<sup>143</sup> Bobbio encerra este ponto observando que, sendo os valores últimos, não se justificam, mas se assumem<sup>144</sup>.

Em segundo, o pensador argumenta que os direitos humanos são

---

<sup>140</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>141</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 16.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>143</sup> O que o autor extrai a partir das tentativas de definir direitos humanos por debatedores. Segundo ele, costumeiramente se chega a fórmulas genéricas que ocultam contradições, mas não as resolvem. Fatalmente, elas reemergem no momento da aplicação.

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 18.

historicamente uma categoria variável<sup>145</sup>, isto é, o rol de direitos que se entendem por humanos varia ao longo da história. Bobbio sustenta que não se pode defender um fundamento único imutável para uma categoria que varia ao longo do tempo. De seu ponto de vista, atribuir fundamento absoluto a direitos historicamente relativos não se sustenta logicamente. Existe, como fato histórico, a pluralidade de concepções morais e religiosas. Essas concepções são, assim, relativas. Entretanto, este fato (o relativismo das concepções) é também relativo, e pode-se atingir maior ou menor grau de integração universal das concepções últimas. De acordo com Bobbio, não há que se temer o relativismo, porquanto verdade empírica, e porque é a razão de ser de alguns direitos humanos, como a liberdade religiosa ou liberdade de pensamento político<sup>146</sup>.

Bobbio, numa terceira colocação, reforça o argumento anterior ao observar que o rol de direitos humanos é heterogêneo, e contém normas em conflito umas com as outras. O autor prossegue deduzindo que esse conjunto heterogêneo de direitos não pode ter um fundamento último comum, mas vários fundamentos possíveis — e que cada direito teria sua fundamentação própria. Dessa mesma forma, Bobbio explica as restrições à maioria dos direitos fundamentais, que costumam limitar uns aos outros (com raras e notáveis exceções, como o direito de qualquer pessoa de não ser submetida a tortura ou de não ser escravizada).

Além disso, segundo Bobbio, a diferença na eficácia destas exceções em relação aos demais direitos fundamentais “comuns” indica que não podem ter um fundamento comum<sup>147</sup>.

O quarto argumento sobre a ilusão do fundamento último dos direitos humanos empreendido por Bobbio concerne a contradições relativas às mesmas pessoas, e trabalha sobre a oposição entre poderes e liberdades<sup>148</sup>.

De acordo com o autor, quanto mais se ampliam os poderes das pessoas, mais se diminui as liberdades das mesmas pessoas. Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, da mesma pessoa não podem ter, um e outro, o mesmo fundamento que

---

<sup>145</sup> Como de fato são, conforme tratado em momentos anteriores neste trabalho.

<sup>146</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 18.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>148</sup> Interessante ponto de convergência com a noção de “*jural opposites*” e “*jural correlatives*” encontrada em: HOHFELD, Wesley N. **Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. Yale Law Journal. Volume 23, número 1. 1913, p. 28-59. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol23/iss1/4>. Acesso em 15 abr. 2020.

torne ambos ao mesmo tempo inquestionáveis e irresistíveis. O autor lembra que, historicamente, a ilusão jusnaturalista do fundamento absoluto dos direitos de liberdade implicou na “oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais”, demonstrando como a busca do fundamento último de alguns direitos historicamente serve de pretexto à defesa de posições conservadoras contra a introdução de novos direitos.

Com isso, Bobbio transiciona de suas quatro considerações teóricas para três reflexões sobre os resultados práticos que a busca pelo fundamento dos direitos humanos pode trazer.

São estas considerações: 1) os direitos humanos não foram empiricamente mais respeitados nas épocas e locais em que havia acordo sobre seu fundamento; 2) com a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em meio à crise do fundamento dos direitos humanos, perdeu-se o interesse na busca: o consenso obtido mostra que há razões comuns, e isto é suficiente; 3) o argumento de posições que negam a implementação direitos humanos não trata de seu fundamento, mas de sua (in)exequibilidade<sup>149</sup>.

Portanto, encontramos a síntese da posição de Bobbio em sua afirmação: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”<sup>150</sup>.

Em outras palavras, Bobbio argumenta que o rol de direitos humanos é variável e há divergências na delimitação de seu conteúdo, e que, devido a isto, seria impossível determinar uma justificativa absoluta para eles. O autor prossegue, ainda, observando que a identificação de um fundamento único, absoluto, para os direitos humanos poderia servir de pretexto para impedir a evolução do rol dessas normas — a exemplo do fundamento absoluto dos direitos de liberdade, de inspiração jusnaturalista, contra a expansão dos direitos sociais<sup>151</sup>.

Para o autor, a problemática dos direitos humanos é uma questão de implementação, com ênfase política, e não de justificação teórica.

No entanto, as críticas não procedem. Quanto à impossibilidade de se

---

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992, p. 21.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 22.

encontrar justificativa a direitos que não se consegue delimitar precisamente, e de se notar o seguinte: de fato, o rol de direitos humanos é mutável e progressivo, como consequência de seu processo de construção e afirmação, em permanente andamento. Entretanto, disso não se segue a impossibilidade de se encontrar um fundamento único para os direitos humanos, como ficará claro ao final deste capítulo. Há apenas que se conciliar a conclusão teórica sobre esse fundamento com a característica da mutabilidade e progressividade dos direitos humanos, o que pode ser feito como tentativas posteriores de justificação demonstraram.

Já a crítica relativa à prática ou aos efeitos da busca pelo fundamento é — ou melhor, foi, à época de sua formulação — pertinente, em parte. Historicamente, a ideia jusnaturalista de liberdade com fundamento pretensamente natural e absoluto foi efetivamente oposta à implementação de direitos sociais, e é até hoje, em algumas correntes políticas<sup>152</sup>.

Contudo, isso não demonstra a inadequação da busca de um fundamento, mas tão somente a incorreção do fundamento apontado (natureza humana como fonte direta de direitos inatos), como também ficará demonstrado ao final do capítulo. Vale observar que a crítica tem o valor de indicar de forma bastante prática a necessidade — que já sustentamos extensivamente — de se atentar à evolução histórica dos direitos humanos para sua aplicação contemporânea. A conclusão a que se chega não é de que não cabe buscar o fundamento dos direitos humanos, mas simplesmente que não se pode permitir que o fundamento indicado impeça a evolução do rol e do conteúdo dos direitos humanos, conforme o exemplo indicado por Bobbio.

Afastada a posição “negacionista” — ou seja, partindo do pressuposto de que a fundamentação dos direitos humanos é racionalmente possível e desejável — resta-nos a tarefa de identificar esta fundamentação.

André Ramos<sup>153</sup> prossegue, em seu mapeamento das posições quanto ao fundamento dos direitos humanos<sup>154</sup>, indicando a posição jusnaturalista como uma segunda possibilidade historicamente levantada. O jusnaturalismo corresponde à noção de que há, em adição ao direito positivo, um conjunto de normas preexistentes

---

<sup>152</sup> Lembramos a observação de Cançado Trindade às notas de rodapé nº 95 e 96.

<sup>153</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>154</sup> Como parte de sua formulação da gramática dos direitos humanos desenvolvida a partir do conceito que se encontra em: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos**. Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União, ano I, número 4, jul./set. 2002, p. 13-33.



e independentes da convenção humana. Estas normas poderiam ser extraídas, por meio da razão, a partir das leis divinas ou naturais, ou a partir da natureza humana de forma desvinculada da divindade<sup>155</sup>.

É importante atentar à distinção entre, de um lado, o jusnaturalismo clássico, geralmente identificado com os pensamentos de Aristóteles<sup>156</sup> e São Tomás de Aquino, e que extraía da natureza da sociedade política e da divindade a fundamentação para a ética humana; e, de outro lado, o jusnaturalismo racionalista, desenvolvido sob a influência do Iluminismo (e do ímpeto racionalista-matemático vindo do sucesso das ciências naturais em descrever o mundo na mesma época). O jusnaturalismo racionalista<sup>157</sup> extrai a fundamentação que aponta para a ética humana da natureza do indivíduo, deduzindo normas de conduta que viabilizam a convivência ao considerar a passagem do estado de natureza à vida em sociedade<sup>158</sup>.

O jusnaturalismo foi etapa importantíssima do pensamento humano na concepção de direitos humanos, em sua afirmação e reafirmação. O esforço naturalista em identificar traços ligados à natureza do ser humano e às condições de sua existência foi fundamental nesse sentido. Além do mais, a redação de muitas declarações de direitos humanos — a exemplo do preâmbulo da própria Declaração Universal de 1948 — tem nítida inspiração jusnaturalista, a indicar que, em que pesem as imperfeições e limites típicos do conhecimento científico-filosófico cumpriu papel importante na reunião da vontade política de concretização dos direitos humanos em diversas situações — e em adição a seu papel de passo na descoberta da verdade.

Entretanto, a natureza humana como matriz de direitos inerentes a essa

---

<sup>155</sup> Em interessante trabalho sobre a fundamentação dos direitos humanos, Fábio Konder Comparato registra o exemplo estoico (Zenão) como primeira fundamentação para a ética humana sem o recurso à divindade: “viver segundo a sua natureza.” V. COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 30 mar.2020.

<sup>156</sup> Exploraremos o tema mais adiante, ao investigar fundamentação ética específica para a questão da motivação das decisões judiciais.

<sup>157</sup> No trabalho de Comparato (2013), encontramos interessante qualificação para o racionalismo. Segundo o autor, a linha de pensamento daquele momento é, na realidade, “antinaturalista” ou “voluntarista”, descrevendo o pensamento do mesmo grupo de autores que Pereira e Casella qualificam como jusnaturalistas racionalistas. V. COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em:<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf> . Acesso em 30.03.2020; e PEREIRA, Fábio Queiroz; CASELLA, Assima Farhat Jorge. **A escola do jusnaturalismo racionalista e seu contributo para a formação dos direitos humanos**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Volume 6, número 1. Juiz de Fora: Vianna Sapiens, 2015. Disponível em: <http://viannasapiens.com.br/revista/article/download/146/131/>. Acesso em 20 jan. 2020.

<sup>158</sup> Ibidem.

condição não se sustenta empiricamente, nem historicamente. Conforme trouxemos do pensamento de Bobbio<sup>159</sup>, nas considerações acima quanto à posição negacionista, o confronto da ideia de direitos inerentes com seu produto histórico vem a demonstrar a insuficiência desta noção.

Na ausência de proteção efetiva, nada há que garanta ao ser humano o exercício de direitos que se pressupõe; os direitos tidos como “naturais” e a própria noção de “natureza humana” variam profundamente conforme a época e o local de que falamos; há direitos tidos igualmente como fundamentais (ou humanos) mais antinômicos em seu conteúdo, não havendo como identificar a natureza humana como igual fundamento a ambos, mas privilegiando-se a eficácia de um em desfavor da do outro; há conflitos entre direitos de diferentes pessoas, e, de forma mais complicada, entre direitos de mesmo titular que exigem conciliação que o fundamento jusnaturalista falha em oferecer.

Além disso, Lafer nos ensina, a partir do pensamento arendtiano, como o exemplo dos estados totalitários contrasta radicalmente com a noção jusnaturalista de direitos humanos que, numa ingenuidade romântica, prevalecia: não há como se sustentar direitos inatos num mundo controlado por estados tão empenhados em subjugar a humanidade a seus desígnios. Naquele momento histórico, não havia modo de exigir direitos humanos “inatos” — as instituições que havia, ao contrário, afirmavam ativamente desprezo a grupos humanos perseguidos, e nada houve que pudesse detê-las.

Ao mesmo tempo, essa realidade indica insuficiências do positivismo, que analisaremos adiante.

De todo modo, na ausência de construções humanas para a proteção do ser humano, não há que se falar em direitos naturais como direitos. Não há exigibilidade ou concretude que possibilite sua sustentação desassociada da sociedade política. O confronto do paradigma jusnaturalista com a realidade histórica dos estados totalitários, e a ruptura que ensejou, demonstra nitidamente que não há como se sustentar empiricamente direito fora da sociedade política<sup>160</sup>.

Além do mais, as críticas de Bobbio de ordem mais prática, ligadas aos

---

<sup>159</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

<sup>160</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 22, 146-166.

resultados concretos que o acordo temporário quanto ao fundamento dos direitos humanos produziu — com destaque para a oposição liberal contra a positivação e efetivação de direitos predominantemente sociais e econômicos — se aplicam inteiramente ao paradigma naturalista.

Dessa forma, em que pese seu papel indispensável de contribuição histórica na formação do conhecimento que temos em matéria de direitos humanos e de elemento de expressão de vontade política pela preservação do ser humano, o fundamento apontado pelo jusnaturalismo para os direitos humanos não se sustenta cientificamente na contemporaneidade.

Conforme indica Ramos: “A história mostra que os direitos humanos são direitos conquistados, sendo até possível que um direito consagrado seja, após, retirado do catálogo de direitos protegidos”<sup>161</sup>. Nisso, cabe observar detalhe importante.

A possibilidade que essa afirmação de Ramos indica não se restringe a uma consideração meramente histórica, mas tem respaldo na própria sistemática vigente de direito internacional, aplicável aos direitos humanos: normas peremptórias, de *jus cogens*, ainda são derogáveis por outras normas de mesma natureza, conforme ensina Shaw<sup>162</sup>.

Entretanto, enfatizamos a necessidade de se atentar à já mencionada progressividade essencial dos direitos humanos na proteção da pessoa humana: não se admite que a proteção ao ser humano seja erodida pela derrogação arbitrária de direitos consagrados, mas que necessariamente se aprimore e se expanda.

A relativização de um direito humano, como se fez historicamente com a propriedade privada, deve necessariamente elevar o grau conjunto de proteção contra os abusos do poder — e não expor a dignidade humana a mais vulnerabilidade — como ficará claro ao final deste capítulo, não se sustentando juridicamente o procedimento de regredir a proteção no âmbito dos direitos humanos em nenhuma hipótese.

De todo modo, bem antes do surgimento do Estado totalitário no contexto da Segunda Guerra Mundial, o jusnaturalismo já era contraposto por outra linha de pensamento: o juspositivismo.

---

<sup>161</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>162</sup> SHAW, Malcom N. **International law**. 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 125.

A linha juspositivista, contudo, sujeita ao mesmo otimismo lógico-matemático do contexto iluminista, em razão do sucesso das ciências naturais.

Com efeito, a próxima tentativa de fundamentação dos direitos humanos não se opõe à jusnaturalista-racionalista (nas palavras de Pereira e Casella<sup>163</sup>; ou “antinaturalista”, nas palavras de Comparato<sup>164</sup>) por movimento contrário ao racionalismo.

Ao contrário, a oposição ficou marcada pela intensificação da tendência racionalista, sistemática e analítica que já predominava na corrente anterior. O positivismo avança no esforço de afastar a ciência jurídica de concepções divinas ou metafísicas, algo que o juspositivismo racionalista já se esforçava por realizar. Assim, encontramos a segunda possibilidade levantada para se responder à fundamentação dos direitos humanos: o positivismo jurídico.

A posição positivista, segundo o mapeamento de Ramos<sup>165</sup>, é aquela que apresenta o critério de validade de qualquer norma jurídica — e dos direitos humanos, como normas jurídicas que são, especialmente com o movimento liberal de constitucionalização e positivação — como apoio em norma de hierarquia superior.

Isso ocorre porque o juspositivismo busca sobretudo descrever o direito como é, num processo de afirmação da autonomia da ciência jurídica e distinção face às demais. Segundo Ramos, no positivismo “a justificação dos direitos humanos está na vontade da lei e a vontade da lei é que fundamenta a proteção dos direitos humanos”. O professor acrescenta que “tal evidente tautologia enfraquece a proteção dos direitos humanos, quando a lei for omissa ou mesmo contrária à dignidade da pessoa humana.”

De fato, o positivismo jurídico, em suas diversas correntes<sup>166</sup>, não apresenta a melhor fundamentação aos direitos humanos.

Por outro lado, essa linha jusfilosófica não tem essa pretensão: a

---

<sup>163</sup> PEREIRA, Fábio Queiroz e CASELLA, Assima Farhat Jorge. **A escola do jusnaturalismo racionalista e seu contributo para a formação dos direitos humanos**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Volume 6, número 1. Juiz de Fora: Vianna Sapiens, 2015. Disponível em: <http://viannasapiens.com.br/revista/article/download/146/131/>. Acesso 20 jan. 2020.

<sup>164</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 30 mar.2020.

<sup>165</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42.

<sup>166</sup> Com diferenças profundas entre si, mas tendo em comum analisar descritivamente a norma ou a ordem jurídica em si, com base no que se observa (positivo), e buscando a autonomia do estudo do Direito em relação às outras ciências, disciplinas e práticas.

fundamentação dos direitos humanos está fora da proposta positivista de descrever o Direito como é. De regra, os positivismos se limitam a constatar a norma jurídica em sua existência e validade, deixando a outras ciências (que não a jurídica) a tarefa de fundamentá-la. Entretanto, nem por isso a filosofia positivista deixa de ser compatível com a efetivação dos direitos humanos, ou com a existência de um fundamento para eles.

Streck<sup>167</sup>, nesse ponto, alerta para simplificações indevidas do pensamento positivista, que reduzem a linha de pensamento à sua forma primitiva, a Escola da Exegese. Esta primeira versão, que correspondia a aplicar literalmente o texto da lei, já estava superada na teoria de Hans Kelsen<sup>168</sup>.

O autor alemão já reconhecia as complexidades da atividade interpretativa, mas a colocava fora da ciência do direito, porque a proposta da Teoria Pura do Direito era descrever a norma jurídica, em sua existência e validade, de maneira objetiva e a partir de elementos que possam ser observados.

A interpretação da lei, como se extrai do trabalho de Streck<sup>169</sup> sobre Kelsen, é vista por este como essencialmente evitada de subjetivismos, para além do que a ciência jurídica pode descrever. Dessa forma, não se trata de confundir o texto legal com a norma jurídica, nem de separação absoluta entre Direito e Moral, nem do apego à literalidade — noções que cabe ao estudo científico afastar, a fim de que se apresentem as propostas positivistas como são.

Em trabalho preciso abrangendo as principais correntes positivistas, o professor Sérgio Mascarenhas de Almeida<sup>170</sup> compara os pensamentos de Kelsen e Hart, por meio de uma leitura crítica, procedendo em seguida à análise do pensamento de Kant a fim de verificar se é possível extrair uma terceira, alternativa fundamentação do direito e em que medida.

Segundo o professor, o pensamento kelseniano estrutura as normas jurídicas segundo uma hierarquia que busca fundamento de validade de normas inferiores na

---

<sup>167</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Eletrônica NEJ**. Volume 15, número 1. ISSN Eletrônico 2175-0491. Jan.-abr. 2010, p. 158-173.

<sup>168</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>169</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Número 52. Belo Horizonte, jan./jun. 2008, p. 127-162.

<sup>170</sup> ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant**. Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012.

conformidade com normas superiores, até dois casos-limite: a norma fundamental, no limite abstrato, e os atos coercitivos, no limite concreto.

Estes dois casos-limite se manifestam fora do sistema jurídico, e levam a discussão sobre o fundamento para fora da Teoria Pura do Direito. A norma fundamental precisa, necessariamente, ser pressuposta, porque se houvesse autoridade positiva fixando-a, poderíamos buscar o fundamento dessa autoridade em norma superior.

Portanto, a Constituição em sentido lógico-positivo (norma fundamental que se pressupõe) institui a autoridade do poder constituinte originário. Este legislador originário institucionaliza normas constitucionais, e com isso: i) cria novo sistema jurídico; ii) põe a constituição em sentido jurídico-positivo, ou seja, normas para a criação e aplicação de normas do sistema; iii) atribui autoridade para criação do Direito aos sujeitos do sistema; iv) pressupõe a norma fundamental (o que se observa da eficácia dos outros três fatos no mundo do ser).

A partir da Constituição em sentido jurídico-positivo (que já está no Direito), as normas se estruturam hierarquicamente até comandos individuais, sempre buscando seu fundamento de validade em norma superior. O sistema desce hierarquicamente até terminar, na outra ponta, nos atos coercitivos, que não são norma.

A teoria de Kelsen é criticada por Almeida no fundamento que atribui ao Direito, além das diferenças conceituais que a dissociam dos sistemas jurídicos efetivamente exigentes. Segundo o autor, a ideia de norma fundamental é um conceito controverso na sua aplicação e nebuloso<sup>171</sup>.

Segundo Almeida, não há como se constatar como a norma fundamental se revela e se exprime: ela haveria de ser impassível de positivação (o que nos leva ao jusnaturalismo), ou um produto positivo doutrinário (que a reduziria ao valor positivo de doutrina como fonte do Direito). Além disso, o professor observa haver diferenças conceituais muito marcantes entre a norma fundamental e a norma positiva: a indicar que chamar ambas de “norma” é inapropriado.

Entretanto, segundo o professor Almeida, evitar a nomenclatura que foi adotada traria impactos significativos na teoria, e obrigaria tratar de outro modo a relação entre fatualidade e normatividade. O autor sustenta que Kelsen incorre em petição de

---

<sup>171</sup> ALMEIDA. Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant.** Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012, p. 11.

princípio ao utilizar o artifício da norma fundamental para evitar a tarefa de fundamentar o Direito.

Dessa forma, o pensamento de Kelsen não fundamenta adequadamente os direitos humanos como normas jurídicas, senão remetendo à ideia nebulosa de norma fundamental.

Prosseguindo no exame do fundamento do Direito, Almeida faz algumas interessantes considerações sobre as entrelinhas da Teoria Pura do Direito. Sua leitura atenta para o modo com que Kelsen trata a revolução — a substituição de uma Constituição por outra nova, por procedimentos não previstos na antiga.<sup>172</sup> Kelsen afirma que o fato revolucionário eficaz estabelece novo parâmetro de validade para as normas jurídicas, recepcionando as compatíveis consigo vindas da ordem anterior. Kelsen indica a pressuposição de uma nova norma fundamental como fundamento último do Direito; e justificativa para a autoridade do poder revolucionário (posto que o ato revolucionário teve eficácia, tal como a promulgação da primeira constituição em sentido jurídico-positivo).

Na leitura crítica de Almeida, não há justificativa para o recorte kelseniano entre o fato revolucionário e a norma fundamental: para Almeida, o ato revolucionário é o fundamento do novo sistema — simultaneamente fato do ser e norma individual (no sentido da Teoria Pura).

O professor prossegue ao indicar as implicações disso na Teoria Pura do Direito, ou seja, prejuízos aos seguintes dogmas: i) o dogma da cientificidade v. ideologia, pois o ato revolucionário é ideológico; ii) o dogma da superioridade de normas gerais face às individuais, pois o ato revolucionário seria individual, mas superior; iii) o dogma do binômio previsão-sanção, pois a norma revolucionária não contém previsão; iv) o dogma da divisão estrita entre o ser e o dever-ser, pois a revolução é simultaneamente fato do ser e norma eficaz; v) o dogma da norma fundamental, pois é desnecessária na adoção do ato revolucionário como fundamento.

Almeida conclui esta reflexão afirmando, “para além do que Kelsen nos diz”, que “a Teoria Pura do Direito aponta para a fundamentação do sistema jurídico na

---

<sup>172</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 146-147, 188-192.

revolução, incontornável ‘fato do direito’<sup>173</sup>.

Em seguida, no mesmo trabalho, Almeida prossegue à exposição do positivismo hartiano: a separação das regras jurídicas em primárias, destinadas à regulação da conduta humana; e secundárias, destinadas a identificar, determinar, criar, modificar ou extinguir as primárias. Entre as secundárias, se destacam as “regras de reconhecimento”, que especificariam aspectos indicativos de que uma regra primária é vigente e pertence ao sistema. O autor critica a teoria de Hart pela falta de demonstração da existência de regras de reconhecimento, que recebem tratamento abstrato e distinto das demais regras por parte do pensador<sup>174</sup>.

De todo modo, em que pesem as distinções entre modelos diferentes de positivismo, Ramos afirma que o fundamento juspositivista para os direitos humanos consiste na “existência da lei positiva, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as regras estabelecidas na Constituição”<sup>175</sup>. Essa nos parece uma leitura rasa do positivismo, inconsistente com os detalhes dos estudos citados nesta seção.

Bobbio, Hart e Kelsen são todos positivistas, mas apenas Kelsen aponta a norma fundamental como fundamento para o Direito, o que não corresponde à constituição positivada, mas sim a uma constituição em sentido lógico-jurídico de fora do sistema. Contudo, levar esses detalhes em consideração aproximaria a posição que Ramos aponta como positivista para o fundamento dos direitos humanos à negacionista, aplicando-se-lhe em boa medida as mesmas críticas acima.

Considerando-se a formulação de Ramos<sup>176</sup>, é de se observar o que constatou Comparato: os direitos humanos têm “caráter histórico (mas não meramente convencional)”, o que torna, “portanto, sem sentido, a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico (...)”<sup>177</sup>.

Estas serão as palavras-chave para compreender a fundamentação dos direitos humanos mais aceita na filosofia contemporânea: um produto histórico, mas

---

<sup>173</sup> ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant**. Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012, p. 13-14.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 15-16.

<sup>175</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>177</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.



não meramente convencional.

Antes disso falta-nos visitar, ainda, a última posição arrolada por Ramos<sup>178</sup>: a fundamentação moral, identificada com Ronald Dworkin. De acordo com Ramos:

O conceito de direitos morais, aprofundado por Dworkin, consiste no conjunto de direitos subjetivos originados diretamente de valores (contidos em princípios), independentemente de regras postas. Utilizando tal conceito, podemos ver que os direitos humanos podem ser considerados direitos morais que, por definição, não aferem sua validade por normas positivadas, mas diretamente de valores morais da coletividade humana. Para o citado autor (Dworkin), a moralidade integra o ordenamento jurídico por meio de princípios, mesmo que não positivados. Princípios são, segundo esse autor, exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral<sup>179</sup>.

É importante, contudo, considerar o contexto dessa definição. Trata-se do início da resposta de Dworkin ao positivismo jurídico (especialmente ao de Hart). Segundo a crítica de Dworkin, o positivismo é um modelo construído a partir de, e para, um sistema de regras, centrado num teste de validade único, que nos cega para o papel importante que desempenham outros tipos de *standards*.<sup>180</sup> Dworkin responde a essa problemática com o desenvolvimento de sua teoria interpretativista, segundo a qual o Direito é uma atividade interpretativa cooperativa/valorativa, à semelhança da literatura.<sup>181</sup> Nessa linha, na aplicação de regras, especialmente nos casos-limite em que o positivismo apela à discricionariedade, Dworkin indica que se recorre a princípios, políticas e outros tipos de *standards* — que se reúnem na categoria de princípios em sentido amplo.

Assim, esses princípios (em sentido amplo) se diferenciam de regras por uma razão de estrutura lógica. As regras operam de uma maneira tudo-ou-nada, à semelhança das regras de um jogo ou esporte. Se os fatos que a regra prescreve nos forem apresentados, testamos a validade da regra: se válida e aplicável, extraímos a consequência lógica, aceitando a resposta que a regra oferece; caso contrário, ela nada contribui à decisão.

Os princípios em sentido amplo se assemelham às regras quando indicam certas decisões ante a certas circunstâncias. Entretanto, operam por lógica diferente:

---

<sup>178</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44.

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Library of Congress. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

<sup>181</sup> Ao lado de outros tipos de interpretação: explicativa (como a história) e conceitual (como a filosofia). Para uma introdução, vide: DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History**. Vídeo. Library of Congress. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acesso em 19 abr. 2020.

não apresentam condições e consequências; simplesmente oferecem uma razão que aponta numa certa direção<sup>182</sup>.

Contudo, uma segunda distinção é a que qualifica os princípios (em sentido estrito — a que se referiu Ramos no trecho acima) face às políticas.

As políticas são *standards* que “estabelecem um objetivo a ser atingido, geralmente à melhoria de algum atributo econômico, político ou social de uma comunidade.” Isso inclui objetivos negativos, ou a proteção de algum desses atributos contra mudanças indesejadas.

Já os princípios, em sentido estrito, são um *standard* a ser observado não pelo desejo de avançar ou assegurar alguma situação social considerada desejável — mas porque é um requisito de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moral.<sup>183</sup>

Devido à distinção lógica entre regra e princípio em sentido amplo (que pode ser política, ou princípio estritamente), os princípios, sentido amplo, têm uma dimensão a mais: a de ‘peso’ ou ‘importância’: quando *standards* desse tipo se interseccionam, é de se considerar o peso ou importância relativa deles a fim de se resolver os conflitos dessa espécie. Dworkin indica que, embora essa operação seja inexata e controversa, a dimensão da importância é parte integrante do conceito de princípio.<sup>184</sup> Isso não ocorre com as regras: postas em conflito, uma há de ser válida e outra inválida; ou uma aplicável e outra inaplicável<sup>185</sup>.

É de se lembrar, no entanto, que, apesar de reconhecer a inexatidão do pensamento principiológico, Dworkin é marcadamente crítico do ceticismo<sup>186</sup>: o autor introduz o interpretativismo justamente como contraponto à discricionariedade positivista. O autor sustenta que é possível encontrar interpretações mais adequadas

<sup>182</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Library of Congress. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>185</sup> Formulamos um exemplo, pedindo licença para o caso de, em face a crítica, se revelar inexato: um conflito entre regras se imagina na situação em que uma regra ordena acordar às 09:30 h e outra às 10:30h. Um comando há que prevalecer, por critérios de validade, face a outro. A situação é diferente quando há um princípio em sentido amplo, digamos, a preferência por acordar cedo (no caso, uma política). Este *standard*, aplicado, buscará oferecer o horário mais cedo possível de se acordar, consideradas as condições materiais para tanto, em diálogo com outros princípios, e regulamentado pelas regras que houver. Para viabilizar o diálogo entre princípios (em sentido amplo), a solução concreta sopesará a pertinência de cada princípio naquele conjunto específico de circunstâncias, nunca em abstrato. Essa apreciação de pertinência, peso ou importância não ocorre na solução de casos por regras.

<sup>186</sup> O que se vê na diferenciação que traça entre o ceticismo e a incerteza, denunciando o caráter arbitrário e autocontraditório do anterior, em: DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History**. Vídeo. Library of Congress. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acesso em 19 abr.2020.

e menos adequadas, segundo o grau em que atingem a responsabilidade do intérprete<sup>187</sup>. O juiz, na aplicação ou mesmo ausência de regra, não cria regra, mas opera interpretativamente com princípios. Os princípios são critérios inexatos, mas não arbitrários. São parâmetros sobre que se desenvolve a atividade interpretativa, na busca da resposta mais adequada.

Enfim, o interpretativismo de Dworkin, lido no contexto apropriado, oferece uma justificativa interessante para os direitos humanos, que deve ser levada em consideração em seu conjunto histórico-filosófico.

Por fim, acrescentamos neste momento, um fundamento extra para os direitos humanos que vai além das quatro posições reunidas no levantamento de Ramos: a contribuição de Kant à filosofia moral, e o pensamento arendtiano como resposta contemporânea às crises do jusnaturalismo e do juspositivismo apresentadas pelo desafio do estado totalitário.

Como observa Comparato, o pensamento kantiano desempenhou papel importante na construção teórica do conceito de pessoa, personalidade, e direitos humanos<sup>188</sup>.

A racionalidade tem papel central no desenvolvimento da teoria de Kant, que engloba diversos aspectos do conhecimento e comportamento humano. No campo das ciências naturais (razão pura), Kant indica que o mundo como o percebemos (dos fenômenos) se diferencia do mundo das coisas em si (dos nômenos), e deste quase nada podemos conhecer — como parte de um empreendimento filosófico de delimitar aquilo que é possível se conhecer. Kant observa que nosso conhecimento se desdobra em proposições (ou julgamentos<sup>189</sup>) sintéticas *a priori*, que podem ser provadas pela utilidade que têm em fazer a experiência ou o conhecimento sobre o mundo possível e coerente; e proposições *a posteriori*, dependentes do exercício racional sobre a experiência e observação<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Ibidem.

<sup>188</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21. É de se notar, entretanto, que este autor apresenta os direitos humanos como “universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal”, o que não nos parece corresponder à concepção mais adequada desses direitos na contemporaneidade.

<sup>189</sup> KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Translation by Mary Gregor. Introduction by Christine M. Korsgaard. 11<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. x.

<sup>190</sup> BARTLEY, Grant; CALLANAN, John e WARD, Andrew. **Immanuel Kant - Philosophy Now**. Canal Philosophy Overdose. Vídeo. Publicado em 25.11.2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=leMf3mQtRvo>. Acesso em 23 mar.2020.

Almeida faz um esclarecedor mapeamento da obra de Kant, extraído de sua *Crítica da Faculdade de Juízo*<sup>191</sup>, nas seguintes palavras:

Na *Crítica da Faculdade de Juízo* Kant enuncia o plano do seu sistema filosófico dividindo a filosofia em parte teórica e parte prática, em que a primeira tem por domínio a natureza, legisla mediante a faculdade de entendimento e representa os seus objetos na intuição como fenômenos. Já a parte prática da filosofia respeita ao conceito de liberdade, legisla mediante a faculdade de razão e representa no seu objeto a coisa em si. Uma e outra respeitam à determinação das leis ou regras a que a pessoa está sujeita nas circunstâncias concretas do seu agir. Entre componente teórica e componente prática encontra-se a faculdade de juízo como termo médio sem domínio próprio mas que constitui a pedra mestra ou pedra-angular que, para Kant, “procura reconciliar entre si os dois domínios da natureza e da liberdade, do conhecimento e da acção”<sup>192</sup>.

Assim, para Kant, a moralidade não é vontade, mas um exercício de razão (razão prática). As ações dos seres racionais seguem imperativos, que podem ser categóricos ou hipotéticos. Os imperativos hipotéticos se dirigem a um bem relativo sob certas circunstâncias e condições: comandam uma ação apta a alguma finalidade contingente. O imperativo categórico, por outro lado, estabelece comandos destinados a um bem incondicionado, ou seja, àquilo que é bom em si, sob qualquer circunstância<sup>193</sup>.

Segundo Bonevac, a única coisa que Kant considera boa em si no sistema moral que construiu para os seres racionais é a boa vontade<sup>194</sup>. O imperativo categórico, baseado na boa-vontade como único bem em si, tem algumas formulações que expressam aspectos distintos desse princípio moral último.

Almeida reúne as fórmulas do imperativo categórico vistas na obra de Kant, traçando paralelo com fenômenos jurídicos e com a formação educacional jurídica de Kant. Segundo Almeida, esses aspectos são: universalidade (máxima), humanidade (fim em si), e legislação (intersubjetividade)<sup>195</sup>.

Kant desenvolve, principalmente em sua *Fundamentação da Metafísica dos*

<sup>191</sup> KANT, Immanuel. **Critique of the power of judgement**. Translated by Paul Guyer and Eric Matthews. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 41-46.

<sup>192</sup> ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant**. Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012, p. 20.

<sup>193</sup> KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Translation by Mary Gregor. Introduction by Christine M. Korsgaard. 11<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 25-27.

<sup>194</sup> BONEVAC, Daniel. **Kant's Ethics**. Canal Daniel Bonevac. Vídeo. Publicado em 11.11.2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ISkoG8oCjTY>. Acesso em 23 abr.2020.

<sup>195</sup> ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant**. Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012, p. 22-44.

Costumes, contribuições filosóficas importantes para os direitos humanos. Estabelece, por exemplo, que a moralidade é um exercício de razão e deriva necessariamente das proposições ou julgamentos sintéticos *a priori* desenvolvidos por uma vontade livre<sup>196</sup>. O lugar que a autonomia e a dignidade têm na teoria moral de Kant é, assim, privilegiado<sup>197</sup>, e isso tem impacto no tratamento nos direitos humanos como construção histórica. É nesse contexto que KANT nos apresenta suas diferentes formulações de um mesmo princípio supremo da moralidade humana, o imperativo categórico:

Aja sempre de acordo com a máxima segundo a qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal<sup>198</sup>;

Aja como se a máxima de sua ação fosse se tornar, por sua vontade, lei universal<sup>199</sup>;

Aja de forma que uses a humanidade, na sua pessoa ou na de outrem, sempre simultaneamente como um fim em si, nunca meramente como um meio<sup>200</sup>;

Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível<sup>201</sup> (por meio delas).

A filosofia kantiana se relaciona com os direitos humanos na medida em que desenvolve o conceito de autonomia e dignidade, estabelecendo critérios de moralidade que considerem o ser racional (em si mesmo e em relação aos outros seres racionais) como fins em si. A partir dessa concepção, e das descobertas históricas e filosóficas desenvolvidas ao longo da história humana, chegamos à visão arendtiana para o fundamento dos direitos humanos.

Lafer reconhece a relação entre esses dois pensamentos ao indicar que “Hannah Arendt apropriou-se filosoficamente da Crítica do Juízo, explicitando para os seus propósitos uma filosofia política distinta daquela elaborada por Kant, mas não

<sup>196</sup> KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Translation by Mary Gregor. Introduction by Christine M. Korsgaard. 11<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 21.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 43: “*Autonomy is, therefore, the ground of the dignity of human nature and every rational nature.*”

<sup>198</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>201</sup> Esta formulação é de ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant**. Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012, p. 25, a partir do texto de Kant sobre esse aspecto do imperativo categórico, que conferimos em: KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Translation by Mary Gregor. Introduction by Christine M. Korsgaard. 11<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 42. Complementamos com a expressão entre parênteses.

incongruente com a sua visão”<sup>202</sup>.

De acordo com Lafer, a filosofia arendtiana trabalha a partir do exame do paradigma do direito natural, com o movimento de positivação dando origem ao paradigma da filosofia do direito, baseado na lógica do razoável. A realidade do estado totalitário veio a romper com os paradigmas anteriores. Segundo o autor:

O amorfismo jurídico que caracteriza o estado totalitário torna sem utilidade prática a definição do Direito pela forma; o antiutilitarismo do movimento, que assinala o totalitarismo no poder, torna sem sentido a categoria do interesse, na qual se apoia grande parte das análises e das propostas sobre o encaminhamento do descompasso entre a norma e a conduta das pessoas; e finalmente o campo de concentração — que é o modelo de organização da sociedade totalitária, pois realiza a meta de dominação total — torna descabida a discussão crítica dos vários critérios de Justiça. De fato — e nisto está o ineditismo da ruptura — o totalitarismo é uma proposta de organização da sociedade que escapa ao bom senso de qualquer critério razoável de Justiça, pois se baseia no pressuposto de que os seres humanos são, e devem ser encarados, como supérfluos<sup>203</sup>.

O tratamento de Arendt à questão totalitária evidenciou o problema do paradigma da filosofia do direito<sup>204</sup> na proteção da pessoa humana. Nisso, lembramos da crítica de Comparato ao fundamento positivista:

É justamente aí que se põe, de forma aguda, a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que esta se baseie numa Constituição formalmente promulgada. A importância dos direitos humanos é tanto maior quanto mais louco ou celerado o Estado<sup>205</sup>.

De outro lado, o fundamento naturalista, que vê os direitos humanos como dados da natureza humana, é dissociado da mesma experiência totalitária que põe em crise o fundamento positivista.

O totalitarismo demonstrou, com clareza, que não há direito fora da sociedade política — o que se extrai da realidade dos refugiados e apátridas. A conclusão que isso evidencia, conforme observa Arendt, é que o primeiro direito humano é o “direito a ter direitos”, ou seja, de pertencer a uma sociedade política em que suas opiniões, seus direitos e deveres tenham algum sentido político<sup>206</sup>.

Ser visto como sujeito de direito e contar com instituições adequadas à

<sup>202</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 20.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>204</sup> “Os limites da lógica do razoável”, na expressão de LAFER. Ibidem, p. 80.

<sup>205</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 30 mar. 2020. p. 6.

<sup>206</sup> ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. Orlando: Harcourt Brace & Company, 1973, p. 290-302.

aplicação da lei é o principal direito humano: estar incluído como membro de uma comunidade em que haja lei para a pessoa é fundamental para a proteção de sua dignidade.

Em outras palavras, na linha de Arendt, a dignidade é característica inata do ser humano; mas sua proteção só pode ser promovida no interior da sociedade política organizada. Os direitos humanos são construções históricas, expressões jurídicas da dignidade humana. Não são “verdades evidentes”, “inalienáveis” ou “inatos”. A história evidencia que o ser humano não nasce em igualdade: a igualdade é um valor e uma opção política.

Essas cinco posições que apresentamos neste capítulo são as principais correntes apresentadas ao longo da história para a fundamentação dos direitos humanos. São parte do seu processo histórico de construção — e a ideia de que os direitos humanos são um produto histórico é um dos maiores consensos científicos que encontramos na reunião dos dados desta pesquisa — e devem ser conhecidos pelo intérprete da lei.

Tendo reunido elementos históricos (1.1), jurídicos (1.2) e filosóficos (1.3) sobre os direitos humanos, passamos a traçar algumas conclusões preliminares (1.4), que servirão de premissas para o desenvolvimento do estudo do objeto de pesquisa (o direito à fundamentação das decisões).

#### **1.4. Multidimensionalidade dos direitos humanos**

Nas três seções anteriores, identificamos alguns consensos científicos que servem de premissas a orientar esta pesquisa. Na primeira seção, restou evidente que os direitos humanos são produto de um processo histórico amplo e desconcentrado de construção. Da mesma forma, ficou claro que relações de poder orientam os fatos históricos e dão origem ao perfil eurocêntrico — mas nem por isso menos universal — dos direitos humanos na sua forma atual.

Já na segunda seção, identificamos o conjunto de direitos humanos como um ramo específico do direito, de proteção, que rege relações entre desiguais.<sup>207</sup> Em outras palavras, tratamos de um meio jurídico de salvaguardar a dignidade dos indivíduos, que é universal, contra os abusos do poder, com atenção a pessoas e

---

<sup>207</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010 p. XLI: “O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos.”

setores mais vulneráveis. Vimos que essa característica resulta do processo histórico de construção traçado na seção 1.1, e reunimos as demais especificidades das normas jurídicas em matéria de direitos humanos.

Na terceira seção, por sua vez, percorremos a história filosófica da fundamentação dos direitos humanos. Examinamos criticamente a posição negacionista, a jusnaturalista e a juspositivista. Na sequência, expusemos a fundamentação moral e a arendtiana como exemplos mais contemporâneos, e consideramos aquelas três posições anteriores como historicamente refutadas, embora importantes como contribuições — à semelhança de como a mecânica clássica abriu caminho para a relatividade geral no campo das ciências naturais, por exemplo.

É de se notar a relação entre a história e a filosofia dos direitos humanos: a atenção dedicada filosoficamente a compreender e justificar os direitos humanos tal como se apresentam historicamente reforça a ideia de que são uma construção histórica, o que vem ao encontro das conclusões da primeira seção.

Neste momento da pesquisa, temos um panorama consolidado e robusto dos direitos humanos. Retomamos brevemente o descoberto na seção 1.2 quanto às dimensões de direitos humanos, pois impacta metodologicamente de forma decisiva o trabalho daqui adiante.

Há basicamente duas posições claras, que podem ser examinadas em detalhe na seção 1.2, para o agrupamento de direitos humanos em dimensões: 1) a que fala em “gerações”, a partir do trabalho de Karel Vasak em 1973;<sup>208</sup> 2) a que critica a alegoria de sucessão geracional, e sugere o termo “dimensões”.

Analisando a argumentação dessas duas correntes e nos referindo ao processo histórico de construção dos direitos humanos, chegamos à conclusão de que as críticas ao termo “gerações” podem igualmente ser dirigidas à prática de reduzir os direitos humanos a “dimensões”, se mal entendidas como grupos.

A análise pode ser consultada na seção 1.2, e, para evitar redundância, não a repetiremos integralmente. Contudo, dedicamos esse espaço — à luz de todo o material reunido nas três seções anteriores — a refletir um pouco sobre o significado de “dimensões de direitos humanos” e seu impacto neste trabalho. Para essa

---

<sup>208</sup> VASAK, Karel. “**For the third generation of human rights: the rights of solidarity.**” Inaugural lecture, tenth study session, International Institute of Human Rights. July 1979.



finalidade, façamos uma recapitulação rápida.

Os autores das correntes acima concordam que a indivisibilidade é característica dos direitos humanos, há um forte consenso teórico nesse sentido. Portanto, mesmo que a terminologia “gerações” ou “dimensões” seja controversa, o pano de fundo teórico é o mesmo: os grupos de direitos humanos, seja qual for o nome que se lhes dê, formam um todo indivisível. Os agrupamentos que observamos foram realizados somente por razões práticas, de didática ou política — mas há consenso em torno da indivisibilidade. Assim, é a este ponto de concordância a que damos ênfase: a unidade e indivisibilidade.

Mesmo os autores que empregam o termo “gerações” admitem a incorreção da alegoria de sucessão geracional. Na realidade, o aparecimento de uma nova geração sabidamente não substitui a anterior, mas a ressignifica e expande a proteção à dignidade do ser humano em novos aspectos e face a novos desafios das relações de poder da vida em sociedade. Assim, esse grupo não nega a crítica, mas a sua importância: contra-argumentando com base na utilidade prática da repartição.

Apesar disso, a crítica é decisiva quando confrontada com o processo de construção histórica. Conforme vimos na seção 1.2, a noção de gerações dá a entender que os direitos humanos nascem historicamente em bloco, quando isso é historicamente falso.<sup>209</sup> Na realidade, cada direito humano — ou seja, cada norma jurídica de proteção da dignidade do indivíduo, ou de grupos e populações vulneráveis, face aos abusos de qualquer forma de poder (econômico, político, militar, midiático, tecnológico) — tem sua história particular, com origens políticas e filosóficas num dado momento.

Além disso, como também refletimos naquele momento da pesquisa, com base na esclarecida crítica de Cançado Trindade<sup>210</sup>, a cisão abre espaço para interpretações fragmentadas que enfraquecem os direitos humanos, dando-lhes regimes jurídicos distintos — deixando-os vulneráveis ao arbítrio e voluntarismo das próprias relações de poder que pretendem disciplinar. A visão fragmentada dos direitos humanos contradiz a sua finalidade historicamente estabelecida, e por isso

---

<sup>209</sup> Conforme bem demonstrado no trabalho de: DIAS, Norton Maldonado, Crítica ao pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos humanos em face aos tratados e convenções internacionais, 31 *International Law*, **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 59-80 (2016). <https://doi.org/10.11144/>. Acesso em 13 dez. 2020.

<sup>210</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XLI.

não pode ser tida como verdade científica.

Por estas razões, concluímos que o termo “dimensões” é mais acertado. Entretanto isso não basta. A questão principal não é meramente terminológica, mas também de tratamento. Não basta que mudemos o termo se o tratamento dado pela comunidade científica aos direitos humanos permanece o de simplificação rasa em grupos. É preciso tratar as dimensões de direitos humanos como verdadeiras dimensões.

A noção vulgar de dimensão nos remete a eixos em que se determina extensão e posicionamento de objetos: a altura, largura e profundidade são as dimensões clássicas do espaço tridimensional. É de forma análoga que compreendemos os direitos humanos. Num espaço tridimensional, todos os objetos possuem três dimensões, ainda que algumas predominem, o que lhes dá formatos diferentes. As dimensões coexistem e se ressignificam, interagem para formar o todo coerente que é o espaço tridimensional, e dão ao objeto sua posição nesse espaço, influenciando simultaneamente na sua caracterização.

Mesmo a mais fina das lâminas, num espaço tridimensional, ainda possui alguma espessura — e a representação de uma lâmina num espaço tridimensional difere da representação da mesma lâmina num espaço bidimensional. De forma similar, a metodologia científica, ao examinar direitos humanos, necessita levar em consideração que, enquanto conjunto multidimensional indivisível, seu conteúdo está necessariamente inter-relacionado em todas as suas dimensões.

Os direitos humanos não podem, assim, ser separados em dimensões, como se fossem divisíveis em grupos ou categorias. Esta noção é falsa, porque é incompatível com o processo histórico de construção e afirmação — sendo a indivisibilidade um consenso mesmo entre os que praticam a divisão.

Na realidade científica, eles podem ser aproximados em dimensões predominantes, carregando, no entanto, as demais dimensões (não-predominantes) consigo e suas relações com outros direitos humanos e com o conjunto. A adição, supressão ou modificação de um direito, ou de fatos históricos, políticos, ou fundamentos filosóficos ressignifica o conjunto dos direitos humanos.

É dessa forma que conciliamos as três dimensões consolidadas (civil-política; social-econômica; e difusa) com a indivisibilidade dos direitos humanos: as três são aspectos de todos os direitos humanos. Em cada direito há algum ou alguns desses

aspectos que predominam, e outros menos evidentes, mas todos integram o conjunto dos direitos humanos — e desse conjunto, cada direito não pode ser separado. Há relações interdimensionais em todos os direitos humanos.

Nada impede que venha a haver, em algum momento, quarta ou quinta dimensão de direitos humanos como alguns autores reunidos na seção 1.2 propõem.<sup>211</sup> Entretanto, antes é necessário que se tenha em mente que não podem ser meras categorias ou grupos, mas aspectos diferentes desse mesmo conjunto.

Adicionalmente, se requer que a nova dimensão proposta passe pelo mesmo longo processo histórico de construção e consolidação<sup>212</sup>. E, ainda, que se observe o não-retrocesso (característica constatada na seção 1.2): a adição, modificação ou supressão de direito humano deve necessariamente avançar a proteção da dignidade humana, e não a retroceder.

A essa noção de direitos humanos em rede uns com os outros e em contato direto com o processo histórico de construção damos o nome de multidimensionalidade dos direitos humanos. Isto equivale a compreender que o conjunto dos direitos humanos tem aspectos civis e políticos, aspectos sociais e econômicos, e aspectos difusos, que interagem entre si e irradiam significado a todos os direitos humanos, simultaneamente — cada um em maior ou menor medida.

Como reflexo desse conceito, a metodologia deste trabalho procura situar a fundamentação das decisões nesse conjunto, buscando suas relações com a dignidade humana em seus diferentes aspectos ou dimensões, enfatizando intersecções com outros direitos humanos, conforme os dados reunidos neste primeiro capítulo. Chamamos, justificadamente, esse esforço teórico de abordagem multidimensional de direito humano — porque busca testar a qualidade de uma norma como direito humano ao explorar sua multidimensionalidade e conexão com outros direitos humanos.

É de se notar que, embora tenhamos construído a multidimensionalidade neste

---

<sup>211</sup> Falamos, por exemplo, do posicionamento de Norberto Bobbio (nota nº 81) e Paulo Bonavides (nota nº 78).

<sup>212</sup> Algo que não ocorreu ainda com a quarta ou quinta dimensão de direitos humanos, identificados conteúdos marcadamente distintos a depender do autor que a analise, conforme registrado em: IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. ISSN 1983-4225, v.13, n.1, jun. 2018, p. 81-98.

trabalho de forma independente<sup>213</sup>, outros autores sugeriram, anteriormente, o termo a partir de reflexões similares. É o caso do trabalho de Hamilton da C. Iribure Júnior e Gustavo S. Xavier<sup>214</sup>, que, de forma perspicaz, reflete criticamente a respeito da nomenclatura de dimensões para indicar a palavra multidimensionalidade como alternativa.

Consideramos a palavra acertada e cientificamente precisa na descrição dos direitos humanos, e vamos além ao explorar seu significado: dadas as evidências reunidas ao longo deste trabalho, as chamadas “dimensões” de direitos, equivocadamente concebidas como grupos de direitos, por efeito negativo de terem substituído a noção de “gerações”, são, na realidade científica, aspectos dos direitos.

São aspectos do todo indivisível de direitos humanos — normas jurídicas construídas a fim de tutelar a dignidade humana, acompanhadas necessariamente de suas raízes históricas. E, com efeito, são aspectos de cada direito humano (a saber, de cada norma), que têm destaque maior ou menor em cada uma.

A multidimensionalidade, que adotamos como premissa metodológica deduzida do processo histórico de construção dos direitos humanos, influencia o restante do trabalho ao assumir, justificadamente, que todos os direitos humanos estão relacionados de forma interdimensional, e que, portanto, uma das maneiras de se investigar se uma determinada norma é direito humano ou não, é colocá-la em confronto com suas dimensões e checar se há relações com outros direitos humanos e com as raízes históricas, filosóficas e políticas da dignidade humana. É o que se faz com a fundamentação dos pronunciamentos estatais no capítulo seguinte.

---

<sup>213</sup> Motivamo-nos na crítica de Cançado Trindade à tradição geracional, tratada na nota de rodapé nº 62, para, a partir de consensos em torno da ideia de unidade e indivisibilidade, propor a alteração não apenas do nome, mas também do tratamento teórico, de gerações para dimensões.

<sup>214</sup> IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. ISSN 1983-4225, v.13, n.1, jun. 2018, p. 81-98.

## 2. ABORDAGEM MULTIDIMENSIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ENTRE OS DIREITOS HUMANOS

Neste segundo capítulo, partimos das observações reunidas no capítulo anterior para aplicá-las, dedutivamente, à temática da fundamentação das decisões. Ou seja, uma vez que já mapeamos extensivamente o processo histórico de construção dos direitos humanos, à luz de acontecimentos de importância política e das discussões filosóficas que os acompanharam, e, ainda, identificamos as principais características e princípios dos direitos humanos, chega o momento da metodologia em que aplicamos estes dados gerais ao caso específico da fundamentação das decisões.

Buscaremos, no desenvolvimento desta etapa, identificar se a fundamentação das decisões judiciais é um direito humano, de relevância internacional. Para tanto, exploramos a multidimensionalidade como característica geral dos direitos humanos. Ou seja: sendo o conjunto de direitos humanos um todo indivisível de normas inter-relacionadas, destinadas à proteção da dignidade humana, questiona-se se a fundamentação dos pronunciamentos estatais possui este mesmo perfil. Para se enquadrar como direito humano, é preciso que as normas neste assunto estejam relacionadas com os demais direitos humanos em alguma medida, e que apresentem, para além de um aspecto meramente processual, outros aspectos ligados às três dimensões historicamente consolidadas de direitos humanos.<sup>215</sup> Buscaremos expor essa inter-relação, construindo raciocínio sobre a premissa metodológica da multidimensionalidade.

Acaso encontradas estas inter-relações, deduziremos consequências sobre o que o paradigma multidimensional de direitos humanos significa para a fundamentação das decisões no plano internacional. A ideia é traçar um parâmetro internacional de justiça procedimental, nesse ponto, que explique a extensão e o conteúdo do dever de fundamentar como obrigação internacional.

---

<sup>215</sup> Não se olvida que autores como BOBBIO (ver nota de rodapé nº 81) e BONAVIDES (ver nota nº 78) propõem dimensões para além das três primeiras, mas, conforme já justificado na seção anterior, em raciocínio construído a partir da crítica de CANÇADO TRINDADE (ver nota nº 62), somente as três primeiras dimensões (que não são grupos de direitos, mas aspectos de um mesmo todo indivisível) passaram pelo longo processo histórico de afirmação e estão politicamente estabelecidas no direito internacional. Além disso, geralmente, as propostas de novas dimensões já se encontram abrangidas no processo de construção das três consolidadas, que segue em andamento com a inclusão de novos atores e consideração de vulnerabilidades específicas.

Esse processo se destina a abrir caminho para a etapa final deste trabalho de pesquisa, que consiste em cotejar a teoria e prática brasileira, neste tema, com os parâmetros internacionais, examinando se se atinge nível satisfatório ou não de proteção da dignidade humana nos aspectos relacionados à fundamentação das decisões.

Como consequência desse escopo, esta segunda etapa dedica uma seção ao exame de cada dimensão ou aspecto do dever de fundamentar, a fim de investigar as possíveis inter-relações passíveis de envolvê-lo dentro do conjunto dos direitos humanos. A primeira seção, que tem por referência principal trabalho anterior de nossa autoria, busca examinar fundamentos filosóficos para o dever de fundamentar como regra ética, a partir de algumas correntes filosóficas que, embora contrastantes, oferecerem base para a norma por caminhos diversos. A partir da segunda seção, nos dedicamos ao exame da noção de direito à fundamentação ou dever de fundamentar a partir das três dimensões de direitos humanos historicamente consolidadas: uma para o eixo civil e político; uma para o eixo social e econômico; e uma para o eixo difuso. Por fim, sumarizamos os resultados encontrados, deduzimos consequências jurídicas e partimos para a etapa final.

### **2.1. Aspectos éticos e filosóficos do dever de motivar**

Iniciamos as reflexões sobre a posição do dever de motivar entre os direitos humanos retomando estudo anterior<sup>216</sup> em que mapeamos algumas correntes filosóficas representativas da história da justiça, conforme identificada por Massini Correias<sup>217</sup>, e fizemos considerações de caráter dedutivo aplicando esse conhecimento geral à temática das decisões judiciais. Nosso estudo tem a limitação de se dirigir apenas àquelas correntes, mas sucede em identificar fundamentos filosóficos (morais) variados para a regra de serem fundamentados os pronunciamentos estatais. Trata-se de um trabalho de aplicação dedutiva das teorias da justiça estudadas ao tema da fundamentação das decisões, e que permite inferir, ao final, por indução, haver uma necessidade ética para a fundamentação, posto que várias correntes contrárias abrem, cada uma à sua maneira, um caminho filosófico

---

<sup>216</sup> ALMEIDA DALL'ACQUA, Sabrina Henrique. Aspectos éticos do dever de motivação das decisões judiciais. **Revista UNG-SER de Ciências Jurídicas e Sociais**. Volume 10, número 1, 2020. Páginas 15-24.

<sup>217</sup> MASSINI CORREAS, Carlos. **Filosofía del derecho: la justicia**. 1. Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

para essa necessidade.

Dado o caráter científico deste trabalho, embora tenha-se utilizado Massini Correias como principal referência como critério na escolha de correntes filosóficas a abordar, consultamos diretamente a obra de cada pensador mencionado, e utilizamos artigos científicos e como apoio. Apresentamos sinteticamente a metodologia, dados e resultados daquela pesquisa, mas recomendamos fortemente a leitura integral do documento original<sup>218</sup>.

Ao final da apresentação desses dados, faremos explicitamente um cruzamento deles com o restante desta dissertação, ao examinar o que aquelas conclusões significam para a abordagem multidimensional da fundamentação das decisões.

Na linha do que expusemos, a primeira corrente analisada é o jusnaturalismo clássico, representado pelo pensamento de Aristóteles, que apresenta um modelo aretaico de justiça, baseado na virtude e no bem comum. As demais correntes apresentadas no trabalho de Massini Correias são analisadas dialeticamente por aquele autor face a esta primeira, identificada por ele como ponto de partida histórico para as reflexões documentadas sobre a justiça<sup>219</sup>.

Segundo o professor Massini Correias, Aristóteles analisou o uso da palavra justiça na linguagem popular e seu oposto, a injustiça, e, reunindo os resultados dessa análise, chegou a algumas categorias ou modalidades de justiça.<sup>220</sup> Segundo Aristóteles, há uma justiça total ou geral, que diz respeito à conformidade de atos e disposições com a lei e a igualdade. Por oposição, a linguagem popular a que se referiu Aristóteles referência como injustas as atitudes contrárias àquelas instituições.

Paralelamente à 1) justiça total ou geral, Aristóteles identifica um segundo tipo de justiça, chamado de 2) parcial ou política, que se refere ao direito e à aplicação institucionalizada da lei. Dentro desta segunda categoria, temos duas subcategorias chamadas: 2.1) distributiva, de governantes para governados, ligada aos critérios de distribuição de riquezas, que corresponde *grosso modo* ao direito público, e 2.2) corretiva ou comutativa, que promove correções nas transações lícitas ou ilícitas entre

---

<sup>218</sup> ALMEIDA DALL'ACQUA, Sabrina Henrique. Aspectos éticos do dever de motivação das decisões judiciais. **Revista UNG-SER de Ciências Jurídicas e Sociais**. Volume 10, número 1, 2020. Páginas 15-24.

<sup>219</sup> MASSINI CORREAS, Carlos. **Filosofía del derecho: la justicia**. 1. Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 24-26.

governados, que corresponde aproximadamente ao direito privado.<sup>221</sup>

Conforme resta claro desta subdivisão, a justiça política é amparada na justiça geral. Isso porque, segundo Aristóteles, o Estado tem o papel de promover a virtude e a boa-vida<sup>222</sup>, e faz uso desta função na determinação dos critérios de distribuição de bens<sup>223</sup>. A partir desta concepção aristotélica, que parte da virtude e do bem comum e percorre o papel do Estado em sua promoção, e a justiça política como critério de intervenção estatal, podemos embasar o dever de fundamentar como norma ética derivada de princípios aristotélicos, embora não consideremos esta corrente a mais adequada à realidade atual.

A um juiz, por certo, fundamentar decisões é exercício de virtude. E a virtude, na obra de Aristóteles, possui um caráter habitual, progredindo com a prática e regredindo com a inércia. Com efeito, motivar as decisões requer virtude, em vários aspectos — conhecimento teórico para corretamente analisar as fontes do direito, dando a elas a interpretação adequada com base em critérios desenvolvidos pela prática e pela teoria hermenêutica; humildade de reconhecer seus limites e seu papel como parte de um sistema político maior, freando o impulso de aplicar suas próprias noções de justiça aos casos concretos, em detrimento da determinada pela lei e pelos princípios aristotélicos de racionalidade e equidade; humildade, ainda, de reconhecer seus limites como conhecedor do direito, respeitando o conhecimento das partes a respeito de como interpretar as normas, especialmente no sistema brasileiro, em que vige regra de não hierarquia entre magistrados, advogados e membros do ministério público; diligência de enfrentar o volume de trabalho com a atenção e a qualidade técnica a que o jurisdicionado faz jus; entre outras, analisadas no trabalho em referência<sup>224</sup>.

Aplicando-se o caráter habitual da virtude aristotélica ao tema da fundamentação das decisões, é evidente que motivar as decisões exercita e promove a virtude do aplicador da lei. Basta imaginar a diferença de experiência e desenvolvimento pessoal do aplicador da lei que enfrenta pormenorizadamente cada caso concreto, com a atenção que lhe é devida — considerando os argumentos das

---

<sup>221</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha*. 4. ed. Coleção Os Pensadores, vol. 2. Livro V. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 101.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>224</sup> ALMEIDA DALL'ACQUA, Sabrina Henrique. Aspectos éticos do dever de motivação das decisões judiciais. *Revista UNG-SER de Ciências Jurídicas e Sociais*. Volume 10, número 1, 2020. Páginas 15-24.



partes não só nos fatos mas também na interpretação jurídica, prestando contas de sua imparcialidade e orientando-se a dar a casos semelhantes soluções semelhantes por meio do estudo de precedentes — e um outro aplicador que não se dedica com o mesmo afinho a enfrentar os argumentos no processo, deixando questões suscitadas passarem sem resposta.

Aristóteles trata expressamente da ética do magistrado (que, no contexto da Grécia Antiga, designava autoridades públicas em geral<sup>225</sup>), no seguinte trecho de sua obra:

Aí está por que não permitimos que um homem governe, mas o princípio racional, pois que um homem o faz no seu próprio interesse e converte-se num tirano. O magistrado, por outro lado, é um protetor da justiça, e, por conseguinte, também da igualdade. E, visto supor-se que ele não possua mais do que a sua parte, se é justo (porque não atribui a si mesmo mais daquilo que é bom em si, a menos que tal quinhão seja proporcional aos seus méritos — de modo que é para outros que trabalha, e por essa razão os homens, como mencionamos anteriormente, dizem ser a justiça “o bem de um outro”), ele deve, portanto, ser recompensado, e sua recompensa é a honra e o privilégio; mas aqueles que não se contentam com essas coisas tornam-se tiranos<sup>226</sup>.

A relação entre a fundamentação das decisões, o exercício de virtude, e a busca do bem comum como finalidade estatal é o que resulta da análise dedutiva do texto aristotélico neste tema. Esse dever, que verificaremos se, e em que medida é jurídico, possui suportes éticos na teoria aristotélica: exercita a virtude pessoal do aplicador da lei; promove a justiça política ao fundamentar as decisões com base nos critérios de igualdade e legalidade pré-estabelecidos, afastando-a da arbitrariedade.

Esse paradigma mudou quando, na matriz iluminista, se retirou do Estado o papel de promotor da virtude e do bem comum. Representamos as correntes iluministas neste trabalho com as obras de David Hume e Immanuel Kant, seguindo a proposta de Massini Correias. Conforme observou Massini Correias, no movimento iluminista e especialmente na obra de David Hume, o Estado era relegado ao papel mínimo de assegurar princípios mínimos de justiça que se entendem por racionalmente identificáveis, e que se relacionam com direitos ou liberdades individuais<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> SERBENA, Cezar Antonio. **A Grécia pensando a si mesma: o significado jurídico-político da comédia de Aristófanes**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315 (impresso – até 2013) e 2236-7284 (eletrônico). DOI <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0>. V. 42, N. 0, 2005. Acesso em 22 nov. 2020.

<sup>226</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha**. 4. ed. Coleção Os Pensadores, vol. 2. Livro V. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 110.

<sup>227</sup> MASSINI CORREAS, Carlos. **Filosofía del derecho: la justicia**. 1. Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 85.

Assim, na realidade moderna, a fundamentação das decisões encontra outro ponto importante de apoio, diferente do encontrado na matriz clássica. Isso porque as decisões judiciais e administrativas, os pronunciamentos estatais em geral, nada mais são do que exercícios de poder político.

Em um sistema que pretende frear ou controlar o poder estatal do impulso de se exceder na busca de objetivos que não lhe competem, às expensas das liberdades individuais, é de fundamental importância que sejam motivados os pronunciamentos estatais — prestando contas, assim, de que o poder está sendo exercido segundo os limites aplicáveis, dentro da legislação e com respeito aos limites fáticos de cada situação.

Isso passa necessariamente pela análise e resposta aos argumentos teórico-jurídicos dos interessados, ponto a ponto. Cada argumento que se deixa de analisar explicitamente é um ponto inescrutável da decisão, judicial ou administrativa, sob o qual pode se esconder uma arbitrariedade — algo particularmente pernicioso sob o pensamento Iluminista porque impede que se fiscalize se o Estado está ou não a observar seus limites na aplicação da Lei.

Essa é a conclusão que extraímos aplicando o pensamento do iluminista David Hume a respeito da liberdade e do papel do Estado ao tema da fundamentação das decisões judiciais. Ela contrasta com o paradigma clássico (aristotélico), exposto acima. Enquanto no pensamento clássico, se enfatiza o Estado (e, deduzimos, a fundamentação de seus pronunciamentos) como promotor da virtude e do bem comum, no pensamento Iluminista, a ênfase é em seu funcionamento como garantia de liberdade e propriedade dos indivíduos.

A partir daqui, como sequência do pensamento de Hume, abordamos as implicações kantianas para a fundamentação das decisões especificamente. O recorte metodológico neste momento é outro em relação ao primeiro capítulo deste trabalho: aqui, identificamos fundamentos éticos para o tema específico da fundamentação das decisões; lá, buscamos os fundamentos gerais dos direitos humanos, o que passa historicamente pela construção do conceito de autonomia e dignidade em Kant.

Atentos ao propósito desta seção, e na linha que continua o pensamento de David Hume sobre a liberdade (e, por consequência, a fundamentação das decisões como garantia de liberdade), passamos a buscar fundamentos éticos para o dever de motivar em Kant.

Kant prosseguiu na linha iluminista ao considerá-la positivamente como o “abandono da infância mental humana”<sup>228</sup>, livre de pressupostos metafísicos que não podem ser observados, como a natureza humana ou a divindade.

Assim, a ideia de fundamentação das decisões como freio à arbitrariedade e proteção das liberdades individuais que apontamos acima se aplica inteiramente ao pensamento kantiano, uma vez que esse autor também posição antipaternalista a respeito do Estado, e, tal como Hume, não o considera como encarregado de promover virtude ou bem-estar<sup>229</sup>.

Contudo, a teoria de Kant oferece novas e interessantes contribuições não apenas para a filosofia de modo geral, ética e do conhecimento, mas também para nossa temática específica de direitos humanos e fundamentação das decisões.

O principal ponto da teoria kantiana em que a fundamentação das decisões encontra amparo como dever ético é a autonomia do indivíduo, e sua condição de legislador moral universal<sup>230</sup>. Na pesquisa que desenvolvemos sobre o assunto, dissemos:

O principal fundamento ético filosófico para o dever de motivar na teoria de Kant é o respeito à autonomia da vontade humana, à santidade da pessoa que daí decorre, e ao papel de colegislador do indivíduo. Dessas noções partem toda a moral e todo o Direito. Deixar de dialogar com argumentos contrários significa, em última instância, desconsiderar que os jurisdicionados têm a mesma “autoridade legislativa” do juiz enquanto pessoa (ou seja: a mesma dignidade e a mesma autonomia, o mesmo valor como fonte da moral) e, não podem ter suas noções de direito e moral derogadas por outra sem base jurídica. Essa base jurídica vem da refutação racional e justificada dos argumentos contrários: não há legitimidade ética para decidir fora desse procedimento.

Assim, enquanto a obrigação de motivação completa nas decisões judiciais justifica-se em Aristóteles pela virtude e pela busca do bem comum, em Kant e Hume terá base em seu papel como garantia de liberdade e propriedade e freio a abusos estatais na aplicação da lei, bem como no respeito à autonomia da vontade dos jurisdicionados enquanto colegisladores<sup>231</sup>.

O pensamento de que o ser humano, como indivíduo, é único co-legislador da moral, traduz-se em uma das formulações do imperativo categórico, que afirma: “age

<sup>228</sup> KANT, Immanuel. **Practical philosophy**. Edição por Mary J. Gregor. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 17.

<sup>229</sup> KANT, Immanuel. **Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas é inútil na prática**. Tradução de Artur Ferreira Pires Morão. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_correcto\\_na\\_teorias.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_correcto_na_teorias.pdf). Acesso em 22 nov. 2020. p. 21.

<sup>230</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 66-68.

<sup>231</sup> ALMEIDA DALL’ACQUA, Sabrina Henrique. **Aspectos éticos do dever de motivação das decisões judiciais**. Revista UNG-SER de Ciências Jurídicas e Sociais. Volume 10, número 1, 2020. Páginas 15-24.

apenas com base em uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>232</sup>. A prática da fundamentação das decisões viabiliza essa possibilidade, uma vez que a transparência na argumentação demonstra respeito ao papel político-moral dos jurisdicionados, presta contas do exercício do poder estatal e garante afastamento do papel paternalista que, em Kant, não cabe ao Estado. Permite, ainda, identificar as razões determinantes da decisão a fim de aplicar solução idêntica para casos idênticos — transformando decisões individuais em parâmetros universais, em fina sintonia com o sistema moral de Kant.

A última corrente que investigamos naquele trabalho de pesquisa é o pensamento estruturalista de John Rawls, extraído de suas obras “Justiça como Equidade”<sup>233</sup> e “Uma Teoria da Justiça”<sup>234</sup>, utilizando como apoio a esclarecida análise de Flávia Quintanilha<sup>235</sup>, bem como o já citado Massini Correias.

Rawls elabora o estruturalismo ao desenvolver o conceito de autossustentação da justiça a partir de algumas condições iniciais. Segundo Rawls, a justiça democrática é resultado de um procedimento de criação e manutenção da estrutura básica — o objeto primário da justiça<sup>236</sup> —, que significa instituições encarregadas de assegurar o atendimento a certos princípios de justiça eleitos previamente à sua criação, dentro de um pluralismo razoável, tolerante a doutrinas abrangentes que divergem entre si, mas fiel aos princípios de justiça inicialmente eleitos.

Dentro da estrutura básica descrita na teoria da justiça de John Rawls, a fundamentação das decisões judiciais tem, de nosso ponto de vista, amparo como parte da ideia de justificação pública, que é o seguinte conceito de Rawls:

Vimos que numa sociedade bem-ordenada efetivamente regida por uma concepção política de justiça publicamente reconhecida, todos aceitam os mesmos princípios de justiça. Esses princípios fornecem, portanto, um ponto de vista aceitável para todos, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos dirigidas às principais instituições da estrutura básica podem ser arbitradas. Uma característica essencial de uma sociedade bem-ordenada é que sua concepção pública de justiça política estabelece uma base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos: cada

<sup>232</sup>. KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Translation by Mary Gregor. Introduction by Christine M. Korsgaard. 11<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 69.

<sup>233</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>234</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>235</sup> QUINTANILHA, Flávia Renata. A concepção de justiça em Rawls. **Intuitio: revista do PPG em Filosofia da PUCRS**. Vol. 3. Nº 1. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

<sup>236</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14.

um coopera, política e socialmente, com os restantes em termos aceitos por todos como justos. É esse o significado da justificação pública<sup>237</sup>.

Para nós, está claro como a fundamentação das decisões se justifica eticamente no sistema de Rawls como parte de uma linguagem de discussão pública em torno das reivindicações dos cidadãos às instituições da estrutura básica, e de justificação pública — isto é, baseada em critérios previamente estabelecidos pelo consenso geral — que permitem ao aplicador da lei ou da Constituição, seja Legislativo, Judiciário ou Executivo, justificar ou arbitrar escolhas políticas em sentido amplo (o uso do poder estatal). Fundamentação das decisões é linguagem<sup>238</sup>, e é de suma importância, neste sistema moral, que a linguagem da decisão se embase em critérios de justificação pública.

Assim, a fundamentação extensiva ou completa das decisões é a única forma de assegurar o pluralismo pretendido pela teoria de John Rawls. Isso porque somente dialogando com os argumentos das partes, no caso presente e em precedentes análogos, com base nas fontes do direito, é que se permite a equidade entre os posicionamentos de cada cidadão baseados em doutrinas abrangentes e pontos de vista diferentes. No espaço público de exercício do poder estatal que é o processo (judicial ou administrativo), é indispensável que se oriente o debate de forma transparente por meio do critério público que é aquele baseado nas fontes do direito — afastando-se a aplicação de critérios privados, inescrutáveis, da consciência do magistrado ou aplicador da lei.

Encerramos nossas considerações nesta seção fazendo a seguinte síntese:

**(1)** No jusnaturalismo clássico, representado por Aristóteles, a fundamentação das decisões se baseia em (1A) promoção da virtude e do bem-estar como função do Estado, e (1B) exercício da virtude do magistrado, como aplicador responsável da lei, e mandatário de um poder que não é seu, mas estatal.

**(2)** No iluminismo, representado por Hume e Kant, a fundamentação das decisões de justifica como (2A) freio ao poder estatal que o impede de assumir papel paternalista que não lhe cabe, (2B) como garantia de propriedade privada, e liberdade civil, e (2C) como consequência da autonomia radical entre todos os indivíduos, a partir da ideia de que cada indivíduo é co-legislador com a mesma legitimidade política

---

<sup>237</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37-38.

<sup>238</sup> Importante afirmação que será melhor explorada no capítulo 3.

do aplicador da lei, e, ainda, (2D) como instrumento de viabilização do imperativo categórico na prática forense, vez que, explicitados os fundamentos, cada julgamento busca oferecer um critério que sirva como lei universal ao mesmo tempo em que soluciona o caso concreto;

(3) Por fim, no estruturalismo, a fundamentação é (3A) a única forma de viabilizar a justificação pública, isto é, uma linguagem que assegure que o debate dentro das instituições da estrutura básica siga baseado nos critérios pública e previamente aceitos como princípios de justiça, e não nas doutrinas abrangentes que cada um tem a liberdade para adotar no pluralismo razoável, inclusive o aplicador da lei — separando-se o critério público da esfera privada.

Em vista deste conjunto de fundamentos deduzidos de forma independente de várias teorias da justiça contrastantes, inferimos como conclusão no trabalho que desenvolvemos anteriormente, que:

Essas noções evidenciam como não pode haver justiça sem que o cidadão tenha acesso qualitativamente completo à jurisdição. Confirma-se, assim, a hipótese segundo a qual há dever ético de quem exerça a função judiciária de assegurar que o indivíduo possa ser ouvido sobre sua causa, não apenas nos fatos, mas também no direito, e adequadamente respondido, com contra-argumentação idônea, completa, e baseada em fontes reconhecidas pelo Direito”<sup>239</sup>.

No trabalho de pesquisa atual, é importante perceber que o processo histórico de construção do direito à fundamentação dos pronunciamentos estatais tem fundamentos filosóficos espalhados pela história do pensamento humano. Esses fatores históricos e políticos devem também informar a interpretação e aplicação dessa norma — traço de historicidade que a norma tem em comum com os demais direitos humanos.

Enfrentada a dimensão filosófica, passamos a analisar os três eixos ou dimensões do direito de fundamentar as decisões nas seções seguintes, com base nas três dimensões<sup>240</sup> historicamente consolidadas de proteção da dignidade humana.

## **2.2. Processo totalitário versus processo democrático: os direitos humanos como informação ao devido processo**

O primeiro aspecto da fundamentação das decisões judiciais que nos cabe

<sup>239</sup> ALMEIDA DALL’ACQUA, Sabrina Henrique. **Aspectos éticos do dever de motivação das decisões judiciais**. Revista UNG-SER de Ciências Jurídicas e Sociais. Volume 10, número 1, 2020, p. 24.

<sup>240</sup> Sempre com a ressalva que fizemos na nota de rodapé nº 199.

analisar é seu lugar como elemento do processo. Partimos da observação das menções ao devido processo legal em documentos internacionais de direitos humanos. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945, se lê:

Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa<sup>241</sup>.

Este é o núcleo do devido processo legal como indicado na Declaração. Em adição a estas previsões, o devido processo legal permeia os demais direitos humanos elencados no texto: seja como remédio efetivo que os torna exigíveis (Artigo VIII), seja como freio à arbitrariedade. Como o conjunto dos direitos humanos, o devido processo legal tem uma dimensão negativa, como limite ao poder estatal, e uma dimensão positiva, como necessária prestação estatal<sup>242</sup>.

Assim, não há como se conceber, por exemplo, que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” (Artigo IX), ou “arbitrariamente privado de sua propriedade” (Artigo XVII) sem que se atente ao devido processo legal como mecanismo indispensável para se promover decisões justas e não-arbitrárias. Todos os direitos humanos estão inter-relacionados em algum grau, pois só o conjunto indivisível oferece proteção integral à dignidade humana: e o devido processo não é exceção.

A Declaração é entendida atualmente como parte fundamental do Direito Internacional pela via do costume, com caráter *jus cogens*, pois vem sendo aplicada por toda a comunidade internacional, reiteradamente, com consciência de obrigatoriedade. Suas provisões foram expandidas em instrumentos de *hard law*

---

<sup>241</sup> UNIC RIO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 24 mai. 2020.

<sup>242</sup> É um erro acreditar na noção de que o eixo civil-político contempla apenas abstenções estatais. Trata-se de uma simplificação excessiva do fenômeno das liberdades individuais. Na realidade, não há como garantir direitos civis e políticos sem dispendiosas providências por parte da administração estatal: basta se pensar, por exemplo, no custo governamental com eleições periódicas, ou nos investimentos no sistema de justiça que viabilize o devido processo. A própria ideia de fundamentar as decisões não é abstenção, mas ação — embora funcione paralelamente como freio a outras condutas que, aí sim, precisam ser evitadas por abstenção. Esta é uma das evidências da multidimensionalidade dos direitos humanos: há ações que funcionam para viabilizar abstenções, e vice-versa, da mesma forma que há liberdades individuais que viabilizam progresso econômico-social, e direitos sociais indispensáveis à manutenção de liberdades individuais. Os direitos humanos são um todo indivisível inter-relacionado.

(tratados e convenções internacionais) como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, em que se lê:

Artigo 14: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores<sup>243</sup>.

Ademais, os sistemas regionais de direitos humanos, como os instituídos pela Carta Africana sobre Direitos Humanos<sup>244</sup>, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>245</sup>, e pela Convenção Europeia sobre Direitos Humanos<sup>246</sup> estabelecem regras similares (Artigo 7º, Artigo 8º e Artigo 6º, respectivamente). Façamos uma breve análise de cada uma das cinco redações citadas, a fim de compreender o conteúdo do direito humano ao devido processo legal como construção histórica.

No Artigo X da Declaração Universal de Direitos Humanos, coloca-se a audiência (do latim *audientia,ae*: 'silêncio dos ouvintes, atenção'<sup>247</sup>) como direito de todo ser humano, em igualdade.

Há que se atentar para o sentido de igualdade no processo, sobretudo à luz da descoberta da historicidade dos direitos humanos: a igualdade não é inata ou automática por disposição positiva, mas depende de construção, afirmação e reafirmação histórica, dentro do conjunto dos direitos humanos. Portanto, igualdade como direito individual no processo aqui não é o de tratamento indistinto — mas de trazer as distinções necessárias para igualar as partes quando isso for necessário.

<sup>243</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Legislação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html). Acesso em 31 mai. 2020.

<sup>244</sup> ACHPR. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. Disponível em: [https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul\\_charter.pdf](https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul_charter.pdf) >. Acesso em 01 jun.2020.

<sup>245</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Legislação. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 01 jun.2020.

<sup>246</sup> ECHR. **European Convention on Human Rights**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em 01.06.2020.

<sup>247</sup> REZENDE, Antônio Martinez de, e BIANCHET, Sandra Braga. **Dicionário do Latim Essencial**. 2ª ed. São Paulo: Autêntica, 2014, p. 48.



Trata-se de verdadeiro princípio<sup>248</sup> que deve se irradiar na elaboração, leitura e aplicação das regras do sistema processual.

Essa observação vem ao encontro das conclusões do capítulo anterior no sentido de que não há direito humano de dimensão exclusivamente civil e política, ou exclusivamente negativa — a exigência de igualdade no processo é também elemento positivo, que exige providências estatais no sentido de trazer equilíbrio às relações processuais, a fim de se obter provimentos justos, não-arbitrários. Os direitos humanos são multidimensionais e caminham juntos, num todo indivisível e inter-relacionado. Logo, uma lei que deixasse de corrigir uma desigualdade processual (no sentido material da igualdade) seria inconvenção — ou seja, inválida por contrariedade ao direito internacional.

O texto daquela declaração prossegue com “(...)para decidir sobre seus direitos e deveres”, numa forma embrionária da inafastabilidade da jurisdição civil, que se relaciona com a legalidade democrática e com o direito a um remédio efetivo, essencial à exigibilidade dos demais direitos humanos. Na parte final, lemos “ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”, indicando uma relação entre processo civil e processo penal (posto que tratados no mesmo dispositivo), a sugerir uma raiz comum às garantias de audiência “justa e pública” num e noutro caso.

O sentido da palavra “justa” em documento de direitos humanos deve ser compreendido à luz da totalidade dos direitos humanos, de modo a se preservar integral a dignidade dos jurisdicionados, com atenção ao papel que a Justiça desempenha na democracia, o exercício de poderes públicos que isso envolve (portanto, limitados e orientados à dignidade, vez que os direitos humanos são a medida de legitimidade do poder estatal<sup>249</sup>) e às desigualdades sociais dos

---

<sup>248</sup> No sentido de norma de baixa densidade e alta abstração, que se aplica a um grande número de situações distintas como mandamento de otimização. V. notas nº 171 e 172. Cabe mencionar que, de nosso ponto de vista, nem todos os direitos humanos seguem a estrutura lógica de princípios — alguns operam como regras, prescrevendo explícita ou implicitamente conduta e consequência. O desvirtuamento de regras de direitos humanos em princípios durante a aplicação, com uma descabida relativização ou ponderação da regra, é causa de erosão da densidade normativa e eficácia dos direitos humanos, e um grande problema do cenário político-jurídico brasileiro atual. Sobre o assunto: CARVALHO, Victor Hugo Linhares de. A usina de produção dos princípios sem normatividade (o pamprincipiologismo) e a mania (in)comum brasileira de corrigir o direito através da moral. **Jus Navigandi**, v. 3880. (NBR 6023:2002, 2014). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26704/>. Acesso em 05 dez. 2020. Ver também: STRECK, Luiz Lenio. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Revista Direito UNIFACS (ISSN 1808-4435). Número 144. 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145/1583>. Acesso em 05 dez. 2020.

<sup>249</sup> JUBILUT, Liliانا Lyra. **O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, p. 57, 2008.

jurisdicionados.

No Artigo XI, vemos expandidas algumas garantias específicas ao processo penal como a presunção de inocência, a legalidade processual penal, a publicidade e a ampla defesa. Essas provisões se relacionam e integram o significado do artigo anterior, no que tange ao processo penal, e, da mesma forma, se orientam à promoção de uma sociedade justa e igualitária baseada na dignidade de todos os seres humanos, com atenção às suas diferenças e combate às desigualdades, no todo indivisível que é o resultado do processo de afirmação histórica dos direitos humanos.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>250</sup>, Artigo 14, referido na sequência, se complementa o sentido de tribunal com “competente” e “estabelecido por lei”. O dispositivo abre um rol taxativo (porquanto limitador de direito humano) de exceções à publicidade, balanceando-a com interesses de menores, a intimidade da vida conjugal, por questões de princípio segundo a classificação que trouxemos de Dworkin no primeiro capítulo<sup>251</sup>.

O outro grupo de exceções, baseado em questões de política (aplicando-se a mesma classificação de Dworkin<sup>252</sup>) é um pouco mais problemático: “moral pública”, “ordem pública” e “segurança nacional” são expressões vagas e extensas, carregando situações completamente diferentes a depender do intérprete. Por um lado, politicamente, isso teria o benefício, em aparência, de deixar margem de discricionariedade a valores que os governos entendem relevantes. Isso é útil para angariar a aceitação internacional de que precisa o avanço político do processo de afirmação histórica dos direitos humanos.

Por outro lado, científica e juridicamente, a melhor interpretação dessas expressões vagas será necessariamente a que atente ao conjunto indivisível dos direitos humanos, e ao seu propósito histórico-jurídico de defesa da dignidade contra abusos do poder — segundo princípios<sup>253</sup> de interpretação — e não a oriunda de interesses governamentais dos Estados signatários. É de se observar, com especial destaque, o pressuposto de as exceções com fundamentos em questões de política só serem aplicáveis em sociedades democráticas, como consta expressamente no

---

<sup>250</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Legislação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 31 mai. 2020.

<sup>251</sup> V. item 1.3., p. 50.

<sup>252</sup> Ibidem.

<sup>253</sup> No mesmo sentido dworkiniano explorado no item 1.3, p. 50, deste trabalho.

texto.

A Convenção Europeia e a Carta Africana, também referenciadas acima, embora não se apliquem ao Brasil como legislação ou costume, oferecem noções complementares interessantes aos parâmetros globais de justiça procedimental, e têm a força de elementos históricos de avanço do processo de afirmação dos direitos humanos, podendo influenciar sua interpretação nesse sentido.

Na Convenção Europeia<sup>254</sup>, Artigo 6, temos o acréscimo da importante expressão “em tempo razoável”, que denota a relação entre a duração do processo e a dignidade da pessoa que aguarda o provimento jurisdicional — o que nos remete a prioridades legais destinadas à construção de uma igualdade material entre pessoas que, em situações desiguais, aguardam o trâmite processual. A Convenção Europeia adiciona exceção à publicidade em “circunstâncias especiais em que a publicidade prejudicaria os interesses da justiça, na extensão estritamente necessária segundo a opinião da corte”. É de se verificar a compatibilidade desta disposição com o PIDCP, no caso dos países que se obrigaram a ambos os documentos, pois esta exceção não está contemplada naquele.

O mesmo artigo expande analiticamente uma série de garantias processuais penais: i) imediata informação em idioma e linguagem detalhadamente acessível, sobre a natureza e a causa da acusação contra a pessoa; ii) tempo e estrutura adequados para a preparação de defesa; iii) defender-se pessoalmente ou por meio de assistência jurídica de sua escolha, ou, caso não tenha meios de pagar por defesa técnica, que lhe seja dada gratuitamente quando os interesses da justiça o exigirem; iv) examinar ou fazer que se examinem as testemunhas contra ele, e obter o comparecimento e exame de testemunhas a seu favor nas mesmas condições; v) a assistência gratuita de um intérprete, caso ele não possa compreender ou falar o idioma utilizado pelo tribunal.

As garantias processuais penais do art. 6 da Convenção Europeia dão grande destaque ao acesso à informação como ponto fundamental de exercício de cidadania. Tem influência a diversidade de idiomas no ambiente europeu, e, portanto, a obrigação do Estado de superar as barreiras idiomáticas de acesso à informação, ou socioculturais, de modo mais amplo.

---

<sup>254</sup> ECHR. **European Convention on Human Rights.** Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em 01 jun. 2020.

A Carta Africana<sup>255</sup>, em seu Artigo 7, utiliza uma estrutura gramatical interessante para a formulação do devido processo legal. Não se trata do direito à audiência, como nos documentos anteriores, que parecem ter uma ênfase institucional, mas do direito “de ter sua causa ouvida”, o que transmite a ênfase para a causa do indivíduo, ligando mais intimamente razões e personalidade. Para este trabalho, é importante essa característica: ter sua causa ouvida nos parece indissociável de ter seus argumentos enfrentados — sendo insuficiente da perspectiva da proteção da dignidade que o julgador decida apenas sobre os fatos a partir de sua própria interpretação jurídica, sem analisar a correção ou incorreção da interpretação da parte de acordo com critérios pré-estabelecidos em casos análogos, por instâncias superiores, ou com base em técnicas justificadas de interpretação, reconhecidas sistematicamente como jurídicas, que preservem a vigência do direito e viabilizem a dialeticidade processual.

Quanto à influência europeia-liberal na Carta Africana, encontramos um ponto interessante no trabalho de Thadeus Metz<sup>256</sup>, em que afirma, em contraponto a Claude Ake<sup>257</sup>, que os direitos humanos “civis” ou “liberais”, inclusive o devido processo legal, não são incompatíveis com os valores comunitários do pensamento africano, mas são ponto fundamental no tratamento da dignidade do indivíduo numa visão africana de dignidade, ou seja, enquanto ser unicamente capaz de se reunir em comunidade, e, em especial, se identificar com o outro e cooperar por objetivos e projetos em comum. Um segundo ponto sustentado pelo autor é a utilidade de direitos humanos tidos como “liberais” no avanço de direitos sociais e econômicos, baseando-se, por exemplo, no trabalho de Amartya Sen<sup>258</sup>, o que é outra evidência em favor do caráter multidimensional dos direitos humanos que descrevemos anteriormente<sup>259</sup>.

De acordo com Metz, e em consonância com as conclusões de nosso estudo no primeiro capítulo:

Há várias maneiras diferentes em que a capacidade de uma pessoa para relacionamentos em comunidade pode ser degradada, e embora haja graus

<sup>255</sup>ACHPR. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. Disponível em < [https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul\\_charter.pdf](https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul_charter.pdf) >. Acesso em 01 jul. 2020.

<sup>256</sup>METZ, Thadeus. **African values, human rights and group rights: a philosophical foundation for the Banjul Charter**. In African Legal Theory and Contemporary Problems. Edição de OcheOnazi. Coleção *Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice*. Volume 29. London: Springer, 2014, p. 131-151.

<sup>257</sup>AKE, Claude. **The African context of human rights**. In Africa Today. Vol. 34, nº1/2, Human Rights: The African Context. Indiana University Press, 1987, p. 5-12.

<sup>258</sup>SEN, Amartya Kumar. **Development as Freedom**. 4th reprinting. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

<sup>259</sup>V. item 1.4 e nota de rodapé nº 225.

diferentes de degradação, eles não são capturados por uma divisão civil-política *versus* econômico-social. Acima, argumentei que tratar plausivelmente a capacidade comunitária de outrem com respeito requer a observância de direitos a liberdades civis, devido processo, poder político e bens econômicos. Subtrair qualquer desses títulos seria degradar o indivíduo<sup>260</sup>.

A Convenção Americana, por sua vez, também referida acima e aplicável diretamente ao Brasil, dispõe sobre o devido processo no artigo 8º, com o título “garantias judiciais”. Segundo o documento, “toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias”, trazendo rol e linguagem muito aproximada do PIDCP, com o acréscimo do prazo razoável, tal como na Convenção Europeia. Flávia Piovesan e Melina Girardi Fachin indicam, em seus Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Possui vasta jurisprudência sobre o artigo em questão e paulatinamente interpretou os parâmetros convencionais relativos ao devido processo legal e ao acesso à justiça, em um processo contínuo de aprofundamento da proteção do ser humano<sup>261</sup>.

Como se vê, a motivação das decisões judiciais não está prevista expressamente nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Seria essa omissão um indicativo de que a fundamentação das decisões não é matéria de direito internacional dos direitos humanos<sup>262</sup>, mas de direito interno?

Avançamos na consideração da motivação das decisões como elemento do processo. A depender da função que desempenhe, pode ser que a motivação seja essencial para qualificar um processo como justo, observador de garantias de defesa, independente, imparcial, e nessa condição, venha a integrar as normas internacionais quando trazem essas referências. Fazemos essa aferição a partir de uma comparação dialética entre processo totalitário e processo democrático, por meio de análise bibliográfica e documental.

Iniciamos as reflexões sobre o processo totalitário a partir do trabalho de Piero

<sup>260</sup> METZ, Thadeus. **African values, human rights and group rights: a philosophical foundation for the Banjul Charter**. In African Legal Theory and Contemporary Problems. Edição de OcheOnazi. Coleção *Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice*. Volume 29, p. 147.

<sup>261</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 171-243.

<sup>262</sup> Recorde-se que mesmo determinado assunto não estando compreendido no Direito Internacional dos Direitos Humanos (tratados, convenções e costumes internacionais), mas constando em normas internas de direitos humanos, ou em bases filosóficas no processo histórico de afirmação dos direitos humanos, então este assunto mesmo assim integrará o conjunto maior e inter-relacionado que é o Direito dos Direitos Humanos (sem a qualificação “internacional”). Questiona-se neste trabalho se a motivação das decisões judiciais é matéria de Direito dos Direitos Humanos ou matéria meramente processual civil, e quais as implicações de uma posição ou outra.

Calamandrei<sup>263</sup>. O primeiro momento em que o tema do totalitarismo figura em sua obra é no capítulo concernente à independência do juiz. Isso porque, ao passo em que nos sistemas democráticos o juiz é necessária e objetivamente imparcial,

Nos regimes totalitários, o juiz não é independente: é um órgão político, é um *strumentum regni*.<sup>264</sup> A independência do juiz pode assumir o seu pleno significado unicamente nas democracias fundadas sob o princípio da separação dos poderes<sup>265</sup>.

Ricardo Luis Alves, na passagem que trata da justiça nos estados totalitários, indica a manutenção de um “simulacro do devido processo legal” como ferramenta de perseguição a “dissidentes políticos propriamente ditos, como também contra todos aqueles que, de alguma forma, ouçam desafiar o *status quo* político e social”<sup>266</sup>.

É importante reforçar que, mesmo nas democracias, não basta que o juiz seja independente em seu íntimo. A democracia pressupõe a falibilidade humana, e a contrabalanceia com um sistema de freios e contrapesos, de salvaguardas e garantias procedimentais. Portanto, nesse ambiente, é fundamental que haja meios de impugnar a parcialidade do juiz; que esta seja objetivamente aferida; e que o juiz efetivamente ostente imparcialidade, prestando contas disso, para além de mantê-la em seu íntimo<sup>267</sup>. Isso se relaciona com o totalitarismo na medida em que, num regime autoritário ou pós-revolucionário, vemos o juiz desempenhar um papel de consolidação do poder em detrimento do conjunto indivisível dos direitos humanos dos jurisdicionados. Segundo Calamandrei:

Nos períodos de brusca transformação da ordem social que o juiz exercita função declaradamente política: escolhe para o caso concreto a solução que lhe pareça mais útil para a causa da revolução. Inspira-se em seu sentimento (ou em seu ressentimento) de um homem de partido. De resto, também, hoje<sup>268</sup>, na Rússia soviética, depois que o ordenamento jurídico foi reconstruído como um sistema de leis escritas que os juizes são chamados a aplicar, se continua a afirmar resolutamente o caráter político da função judicial. A distinção entre justiça e política não existe na Rússia no mesmo

<sup>263</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>264</sup> Parece haver aqui, erro de tradução, mas mantivemos o texto tal como consta na referência. Aparentemente, o sentido ao ser alcançado é o de “instrumento do regime” ou “instrumento do reinado”, ferramenta posta à disposição da força governante para a imposição de sua autoridade e ideologia.

<sup>265</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 52.

<sup>266</sup> ALVES, Ricardo Luiz. O estado totalitário contemporâneo: uma breve reflexão histórica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6615>. Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>267</sup> Nesse sentido, e com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Giradi; MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 194-196.

<sup>268</sup> Ou seja, em 1952, quando ocorreram as apresentações do autor registradas nesta obra.

sentido em que é aceita na tradição liberal da Europa ocidental. (...)

Algo semelhante ocorreu na Alemanha sob o nazismo, especialmente em relação ao processo penal. Quando no Código Penal foi introduzida uma disposição que permitia ao juiz punir não só pelos fatos que, pela lei penal, fossem considerados crimes, mas, de igual modo, pelos fatos que, mesmo não estando previstos previamente como crime, fossem, todavia, considerados pelo juiz como “contrários ao sentimento popular alemão”<sup>269</sup>.

Este relato contém mais uma evidência da multidimensionalidade: ao constatar como a legalidade, a anterioridade penal e a independência do juiz estão interconectadas, se vê, mais uma vez, como cada direito humano individualizado é parte de uma rede que se estende a todos os direitos humanos, que só se sustentam operando como conjunto. Quanto à relevância para este segundo capítulo, o trecho indica o funcionamento de um processo totalitário a partir da politização da Justiça — da incorporação de sentimentos e ressentimentos da ideologia oficial, que, ao contrário das normas jurídicas não podem ser objeto de discussão racional no processo.

Num interessantíssimo cruzamento de informações entre Hannah Arendt e Hans Kelsen, o pesquisador Gabriel C. S. Fonseca indica semelhanças entre os pensadores que, tidas em conjunto, apontam para a relação radical (na raiz) entre processo e democracia. Segundo o autor, ao investigar os impactos da 2ª Guerra Mundial no Direito, se observa que Arendt e Kelsen foram perseguidos pelo regime nazista por conta de inclinações político-ideológicas e preferências religiosas. Em consequência disso, observa o autor, em seus trabalhos é possível notar a preocupação precípua de instituir mecanismos sólidos de luta contra as mazelas do totalitarismo<sup>270</sup>.

De fato, como observa Fonseca, Kelsen busca isolar cientificamente o Direito da moral e da justiça como modo de colocá-lo a salvo de manipulações ideológicas que estes conceitos podem vir a sofrer. Isso não nega a necessidade de estudo e reflexão sobre a moral e justiça: apenas o destaca para ciências específicas que não a jurídica, com métodos mais apropriados de investigação para esses objetos, ao passo em que se delimita o direito com a precisão científica buscada no positivismo

---

<sup>269</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 41.

<sup>270</sup> FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Vol. 8, n. 2. Jul./dez. 2017, p. 260-274.

de Kelsen<sup>271</sup>.

A nosso ver, isso marca uma relação profunda entre processo (como método de aferição e aplicação da lei) e democracia — baseada no Direito, posto a salvo de manipulação pelo apelo aos sentimentos públicos de moralidade, e nisso fazemos o cruzamento do trabalho de Fonseca com o trecho do trabalho de Calamandrei, transcrito acima.

Uma diferença central entre processo totalitário e processo democrático é o espaço que há para esses sentimentos indicados por Calamandrei — pessoais de homem de partido ou públicos do sentimento popular — permearem a decisão judicial e se sobreporem ao Direito<sup>272</sup>. E nisso há relação direta com o direito humano ao devido processo, tal como referenciado no início deste capítulo. A pessoa jurisdicionada, ao se submeter a um poder estatal, tem o direito humano a que o julgamento de dê por pessoa objetivamente independente e imparcial, em verdade e também em aparência, prestando contas e oferecendo garantias disso, sempre com possibilidade de questionamento e impugnação efetiva.

Prosseguindo no trabalho de Fonseca, observa-se que Arendt encara a questão Justiça de forma diferente de Kelsen: para ela, há entrelaçamento entre Direito, Moral e Política. Arendt indica que há perigos em visualizar direitos de modo abstrato, e requer atenção às manifestações da Justiça no caso concreto. Segundo o autor, a corrente de pensamento de Arendt visa, ao contrário de Kelsen, a evitar a abstração excessiva — sugerindo um modelo de Justiça particular e concreto, como antídoto para o desinteresse pela vida humana, gerado a partir de um processo de

---

<sup>271</sup> Alertamos mais uma vez, tal como no capítulo anterior, para a complexidade do fenômeno positivista, que não pode ser reduzido ao pensamento de Kelsen, muito menos à rapidamente superada Escola da Exegese. Em verdade, não há um positivismo, mas positivismos jurídicos no plural, incluindo pensamentos muito distintos entre si, como vimos na comparação entre Kelsen, Bobbio e Hart.

<sup>272</sup> No Brasil, casos recentes de decisões sentimentais de magistrados têm ocorrido, como nos exemplos relatados por: OYAMA, Érico. **Juiz cita Lei de Abuso de Autoridade ao negar penhora e caso vai para corregedoria.** Notícia veiculada no jornal JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/juiz-cita-lei-de-abuso-de-autoridade-ao-negar-penhora-e-caso-vai-para-corregedoria-28112019>. Publicação em 28.11.2019. Acesso em 26 dez. 2020.; BARBOSA, Juliana. **Juiz que desdenhou da Maria da Penha humilha mulheres em audiências.** Notícia veiculada no jornal Metrôpoles. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/juiz-que-desdenhou-da-maria-da-penha-humilha-mulheres-em-audiencias-veja>. Publicação em 23 dez. 2020. Acesso em 26 dez.2020. Não se pretende discutir detalhes dos casos publicamente noticiados — apenas evidenciar que sentimentos (inclusive sentimentos antidemocráticos) ocorrem em seres humanos, e o procedimento de formação das decisões deve ser institucionalizado de forma a impedir que a personalidade do aplicador da lei (na qual se incluem suas noções pessoais de justiça) influencie o destino do jurisdicionado sujeito ao poder estatal. A fundamentação completa das decisões é um elemento, num conjunto maior de salvaguardas contra o abuso de poder que é o devido processo legal; que, por sua vez, integra o conjunto maior de freios ao poder que é o conjunto indivisível dos direitos humanos.



abstração.

Tal explicação, extraída do trabalho de Fonseca, parece simplificar a questão posta na obra de Arendt. Isso porque, embora não haja prejuízo às conclusões do trabalho de Fonseca (sendo, contudo, muito significativo para o presente), o processo de distanciamento entre a justiça e o caso concreto é feito a partir de uma generalização e absolutização da linguagem da justiça. Fazemos uma breve citação a fim de oferecer um pouco mais de complexidade:

[...] É a monstruosa, embora aparentemente impossível de se responder, proposta do império totalitário que, longe de ser “sem lei”, vai direto às fontes de autoridade das quais as leis positivas receberam sua legitimação final; que, longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre-humanas que qualquer outro governo já foi; que está preparado para sacrificar os interesses imediatos vitais de qualquer um para a execução do que se assume ser a Lei da História ou a Lei da Natureza. Sua desobediência de leis positivas pretende ser uma forma superior de legitimidade, que, inspirada pelas fontes últimas da lei, pode desprezar a mera legalidade positiva. **A legalidade totalitária finge ter encontrado um caminho para o império da justiça na Terra — algo que a legalidade positiva reconhecidamente não pode jamais atingir.** A discrepância entre legalidade e justiça não poderia jamais ser conciliada, porque os parâmetros de certo e errado que a lei positiva traduz a partir de sua fonte de autoridade — **“direito natural” governando o universo inteiro, ou lei divina revelada na história humana, ou costumes e tradições expressando a lei comum aos sentimentos de todos os homens — são necessariamente gerais e devem ser válidas para um número incontável e imprevisível de casos, de forma que cada caso concreto individual com seu conjunto irrepetível de circunstâncias desaparece.**

A legalidade totalitária, desafiando a lei e pretendendo estabelecer o reino direto da justiça sobre a terra, executa a lei da História ou da Natureza sem traduzi-la em padrões de certo e errado para comportamento individual. Ela aplica a Lei diretamente à humanidade como seu produto final; e essa expectativa está por trás da pretensão à dominação global de todos os governos totalitários.” (...)

Neste momento, fica clara a diferença fundamental entre a concepção totalitária de lei e todas as outras. A política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro; não estabelece seu próprio *consensus iuris*; nem cria, por uma revolução, uma nova forma de legalidade. Seu desafio a todas as leis positivas, até mesmo às suas próprias, implica que funciona sem nenhum tipo de *consensus iuris* sem que com isso se resigne ao estado tirânico de ausência lei, arbitrariedade e medo. Funciona sem *consensus iuris* porque promete o cumprimento da lei em toda ação e vontade do homem; e promete justiça na terra porque afirma que fará de toda a humanidade a própria lei encarnada<sup>273</sup>.

O perigo identificado por Arendt é dolorosamente real quando cotejado com a realidade histórica da Segunda Guerra Mundial. A abstração excessiva e o distanciamento das instituições jurídicas da justiça no caso concreto são responsáveis pela degradação do ser humano e sua redução a números.

<sup>273</sup> Grifamos. Em tradução livre de: ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979, p. 461-463.

Isso, contudo, embora contraste com o problema identificado por Kelsen (politização da justiça e permeação da decisão judicial pelo sentimento popular) não é com ele incompatível. Estes dois aspectos da experiência totalitária coexistem, e nisso reside a genialidade do trabalho de Fonseca, em referência.

Finalizando o cotejamento entre os dois pensadores, Fonseca observa que, apesar de diferenças marcadas entre os caminhos adotados, o propósito subjacente às obras de Kelsen e Arendt é o mesmo: “o provimento de direitos, a formulação de preceitos normativos legítimos capazes de garantir concretamente tais direitos e a desconstrução de um paradigma totalitário”<sup>274</sup>.

Assim, a fundamentação das decisões encontra amparo nessas duas visões de mundo divergentes, mas de propósito comum. O raciocínio jurídico explicitado com base nas fontes reconhecidas pelo Direito funciona para manter a decisão judicial dentro dos limites da norma prescrita, funcionando como salvaguarda contra o arbítrio do sentimento pessoal do julgador e do sentimento público momentâneo. É, assim, ponto de preservação da integridade da ordem jurídica proposta por Kelsen.

A aplicação do pensamento arendtiano, por sua vez — que, conforme conclusões do capítulo 1, temos como fundamento contemporâneo dos direitos humanos — nos leva à fundamentação das decisões como instituição forte de provimento de direitos, dentro de um ambiente democrático. Se a ordem jurídica (como instituição política) é democrática e prescreve os direitos humanos tal como historicamente construídos, a fundamentação das decisões dentro das fontes do direito, que não permite o desvirtuamento oculto de suas prescrições por via interpretativa é absolutamente fundamental a um processo judicial justo. Trata-se de exigir contas do pensamento judicial, a fim de limitar o exercício do poder e viabilizar outros direitos humanos.

A fundamentação das decisões cumpre uma via de mão dupla: aproxima o juiz do caso concreto, assegurando que as circunstâncias únicas daquele caso individual, único no universo foram ouvidas e observadas, oferecendo justiça concreta; enquanto, noutra ponta, aproxima o juiz da legalidade construída democraticamente por meio de diálogos institucionais<sup>275</sup>, isolando-o de seus sentimentos e do ímpeto autoritário de

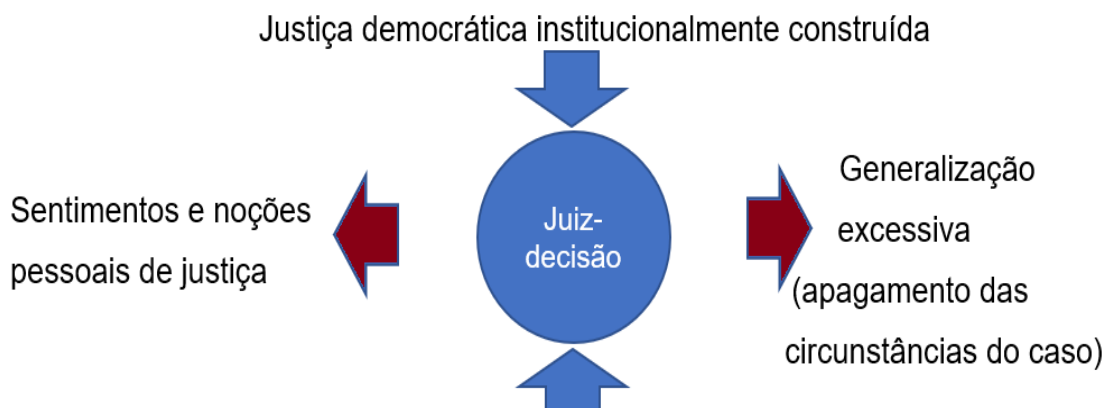
---

<sup>274</sup> FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Vol. 8, n. 2. jul./dez. 2017, p. 262 e 267-268.

<sup>275</sup> Aspecto que trataremos mais profundamente a seguir, ao cotejar fundamentação e política.

confundir sua própria moral ou justiça com a da sociedade, em prejuízo de direitos políticos do jurisdicionado.

Figura 1: fundamentação como via de mão dupla



Fonte: elaborado pela autora

Parece uma solução simples a conservação da fundamentação das decisões num ambiente democrático como instituição forte de provimento de direitos. Mas e se pressupormos um estado autoritário em vez disso, que não integre adequadamente os direitos humanos à ordem jurídica interna? Bem, neste caso, a fundamentação permanece relevante, pois na consideração cuidadosa e séria da argumentação das partes se pode chegar a soluções jurídicas inovadoras e não-arbitrárias que se comuniquem com os direitos humanos como construção histórica e elemento da ordem internacional, buscando legitimidade naquela ordem para além do autoritarismo momentâneo na ordem jurídica em questão.

Falamos aqui, principalmente, da aplicação do papel dos direitos humanos como parâmetro de legitimidade da ação estatal, que pode e deve ser oposto contra os governos, democráticos ou autoritários, pois este é o papel que desempenham na ordem internacional e na própria dinâmica da humanidade como produto histórico. Tratamos desta temática no capítulo 1, ao referenciar os trabalhos de Jubilut<sup>276</sup>, Marks<sup>277</sup>, Baxi<sup>278</sup> e Ramos<sup>279</sup>. É de se notar, também, a opinião convergente de

<sup>276</sup> JUBILUT, Liliansa Lyra. **O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, p. 55-68, 2008.

<sup>277</sup> MARKS, Stephen P. From the "Single Confused Page" to the "Decalogue for Six Billion Persons": The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**, vol. 20, no. 3. 1998, p.462. JSTOR, disponível em: [www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777). Acesso em 03. jan.2020.

<sup>278</sup> BAXI, Upendra. **Mambrino's Helmet?: human rights for a changing world**. 1994.

<sup>279</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 62-3.

Streck<sup>280</sup>, segundo a qual os direitos humanos são causa da legitimidade da Constituição. No mesmo sentido, ainda, Chueri<sup>281</sup>, Godoy<sup>282</sup>, e Colon-Ríos<sup>283</sup>.

Isso não significa dar ao Judiciário carta branca para definir unilateralmente os limites e o alcance de todos os direitos humanos (até porque, como poder estatal que é, deve ser limitado por este ramo do direito). Os limites e o alcance dos direitos humanos se constroem por meio de diálogos institucionais<sup>284</sup>, como trataremos em seguida (na seção sobre fundamentação e política); bem como por seus fundamentos históricos, filosóficos e teórico-jurídicos, como tratamos no capítulo anterior. Cabe ao Judiciário aplicar a ordem jurídica preexistente, com especial atenção aos detalhes e especificidades do caso concreto.

Após finalizar a comparação entre os pensamentos de Arendt e Kelsen, extraindo como conclusão o propósito comum de estabelecer instituições confiáveis de provimento de direitos e desconstruir o paradigma totalitário sobre a Justiça, Gabriel Fonseca prossegue, no trabalho em referência<sup>285</sup>, para uma análise dos desdobramentos do constitucionalismo que seguiram historicamente.

Nesse particular, destaca-se para os fins desta dissertação a distinção traçada por Fonseca a partir do pensamento de Godoy<sup>286</sup> entre Supremacia Constitucional e

<sup>280</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51.

<sup>281</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. **Judicial Review, reasons and technology: a glance at constitutionalism and democracy**. Frankfurt am Main: Goethe Universitat Paper Series n. 19, Series B, 2012.

<sup>282</sup> CHUERI, Vera Karam de, e GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174. Jan-jun 2010, p. 159.

<sup>283</sup> COLON-RÍOS, Joel I. **The Second Dimension of Democracy: The People and Their Constitution**. Victoria University of Wellington Legal Research Papers, paper n° 25, v. 1, n. 4, 2011, p. 2.

<sup>284</sup> Sobre o assunto, cabe destacar o observado por Upendra Baxi em aula: segundo o professor, as Constituições são compreendidas por três elementos: C1) o texto constitucional, que não deve ser visto como um produto final, mas como fragmentos a serem unidos por interpretação e lidos como texto social, à luz dos seus silêncios e dos elementos de construção e destruição, de alegria e sofrimento, da sociedade em que se insere; C2) a interpretação, que não é somente aquela doutrinária e jurisprudencial, mas a interpretação cidadã — a interpretação por movimentos sociais como o de mulheres e de negros, a exemplo da importância de Martin Luther King para a leitura da Constituição Norte-Americana; C3) a ideologia da Constituição, a filosofia da Constituição, a sub-estrutura da Constituição. Ver: BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. NALSAR University of Law. Publicado em 17.02.2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo>. Acesso em 10 jan.2021.

<sup>285</sup> FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Vol. 8, n. 2. jul./dez. 2017, p. 260-274.

<sup>286</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

Supremacia Judicial<sup>287</sup>. Fonseca sustenta que, embora seja salutar a difusão de Cortes Constitucionais pelo planeta e seu ganho de força pela via do controle de constitucionalidade, como instituição de provimento de direitos e proteção de minorias, o Brasil atual tem enfrentado o problema ao inverso: o apoio do Judiciário brasileiro na legitimidade contramajoritária para deter a última palavra em assuntos relevantes para a sociedade sempre<sup>288</sup>.

Para analisarmos cientificamente a afirmação do autor ainda carecemos, neste momento da pesquisa, da reunião de todos os elementos necessários sobre o papel da fundamentação no ambiente democrático, que virão a seguir. Assim, faremos comentários mais aprofundados à proposta mais à frente, no momento oportuno. Contudo, por ora, parece verossímil a argumentação, posto que a politização da justiça anda acentuada e causou oscilações perigosas em prejuízo de direitos fundamentais, como no caso da prisão em segunda instância, que chegamos a comentar em produção técnica anterior<sup>289</sup>.

No aspecto penal, ainda no propósito geral desta seção de cotejar processo totalitário e processo democrático, referenciamos o trabalho de Saulo Henrique Silva Caldas, a respeito da relação entre direito penal do inimigo, mídia, e o totalitarismo.<sup>290</sup> Em que pese tratar-se de análise não-científica, o autor trabalha em seu artigo opinativo, com referências adequadas, a questão da ideia desumanizante popular de que o criminoso é um problema a ser combatido com “tolerância zero” — em desprezo

---

<sup>287</sup> Nisso, cabe conferir o trabalho norte-americano de Gordon A. Christenson sobre como, no sistema constitucional estadunidense, cabe a incidência do direito internacional em matéria de direitos humanos para suprir lacunas de proteção da Constituição dos Estados Unidos, ou como fonte de elementos interpretativos do alcance do texto constitucional. Segundo o trabalho, que consideramos de absoluta pertinência, o uso das normas internacionais como parâmetro interpretativo funciona tanto para ampliar evolutivamente a proteção do indivíduo, informando a Constituição dos Estados Unidos com o contexto mundial, bem como oferece freios ao ativismo judicial descontrolado, porque se sustenta em parâmetros textuais e relativamente bem definidos, com legitimidade democrática na elaboração. CHRISTENTON, Gordon A. Using Human Rights Law to Inform Due Process and Equal Protection Analyses. Faculty Articles and Other Publications. Paper 164. **Cincinnati Law Review**, vol. 52. 1983. Disponível em < [https://scholarship.law.uc.edu/fac\\_pubs/164](https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/164), acesso em 01 ago. 2020.

<sup>288</sup> FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Vol. 8, n. 2. jul./dez. 2017, p. 270.

<sup>289</sup> ALMEIDA DALL'ACQUA, Sabrina Henrique. **Não há juízo de necessidade em execução provisória**. Jornal JOTA. 27/02/2017. Publicação on-line. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-ha-juizo-de-necessidade-em-execucao-provisoria-27022017>. Acesso em 05 jul.2020.

<sup>290</sup> CALDAS, Saulo Henrique Silva. Direito penal do inimigo está baseado no totalitarismo. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/saulo-caldas-direito-penal-inimigo-baseado-totalitarismo>. Acesso em 05 jul.2020.

à complexidade sócio-política da criminalidade<sup>291</sup>, e ignorando precedentes malsucedidos de enfrentamento desse fenômeno por políticas demagógicas de endurecimento de leis penais.

O autor observa a propagação do pensamento punitivo no imaginário social pela mídia, baseando-se no trabalho de Artur Cézar de Souza<sup>292</sup>. O autor observa o problema do direito penal enquanto discurso legitimador da violência estatal, apontando para subjetivismos e arbitrariedades com base num pensamento popular, amplamente difundido entre civis, policiais, e mesmo juízes.

É da análise conjunta do papel da fundamentação das decisões no processo que chegamos, nesta primeira dimensão, ao enquadramento da fundamentação como direito humano. Trata-se de garantia indispensável de uma série de outros elementos que compõem um processo justo.

Não há como se conceber, imparcialidade, defesa, publicidade, presunção de inocência, legalidade, e, principalmente, o direito de ser ouvido — todos esses, expressamente previstos nos documentos referenciados — sem que se imponha ao juízo a obrigação de explicitar detalhadamente o raciocínio decisório, embasando-o em fontes reconhecidas pelo direito e respondendo toda a argumentação das partes, nos fatos e no direito.

Enfim, como elemento do processo, a fundamentação das decisões integra o direito dos direitos humanos, por três razões: 1) está implícita nas normas internacionais que tratam de justiça procedimental; 2) está positivada como direito fundamental na ordem interna de alguns países, como o Brasil; 3) se relaciona intimamente com o conjunto teórico dos direitos humanos — isto é, apresenta todas as características historicamente consolidadas dos direitos humanos.

Quanto ao terceiro ponto, é especialmente relevante para os fins deste trabalho demonstrar o caráter multidimensional da fundamentação das decisões e suas relações com mais de um aspecto do conjunto dos direitos humanos, orientadas à proteção da dignidade humana.

Portanto, finalizadas as considerações sobre a fundamentação das decisões sob o aspecto de elemento de um processo justo, passamos a analisá-la sob o prisma

---

<sup>291</sup> Algo significativo, observada a relação entre democracia e complexidade. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>292</sup> SOUZA, Artur Cesar de. **A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil**. Editora RT, 2011, p. 17.

da legitimidade política, da limitação do poder estatal.

### **2.3. Processo e democracia: a dimensão política da fundamentação das decisões judiciais e outros pronunciamentos estatais**

A seção anterior buscou demonstrar a imprescindibilidade de uma fundamentação completa das decisões judiciais como parte integrante do direito humano ao processo justo. Neste segundo momento, progredimos dali para analisar o lugar da fundamentação na dimensão política da proteção da dignidade humana. Aqui, veremos que o dever de fundamentar vai para além do processo — diz respeito a todo pronunciamento estatal e é da essência do exercício do poder sob a democracia.

Os dados que utilizamos na seção anterior, para comprovar que o direito à fundamentação das decisões judiciais é parte integrante indissociável do direito ao processo justo, apontam também para as seguintes implicações:

1. A fundamentação das decisões funciona como garantia civil, de liberdade e propriedade, observados os seus contornos constitucionais no paradigma multidimensional de direitos humanos, e;

2. A fundamentação das decisões funciona como garantia política, assegurando: a) o cumprimento da vontade popular legitimamente conduzida à normatividade nas fontes reconhecidas pelo direito (e não da mera consciência do aplicador da lei), por meio de posicionamentos institucionais, e não arbitrários ou pessoais, e; b) a participação efetiva do jurisdicionado na construção do raciocínio judicial (princípio da dialeticidade ou do contraditório efetivo).

Justificamos nosso dissenso com a ideia clássica de consciência do juiz. É que a equivocada leitura de que o juiz de um ordenamento democrático “deve ser uma consciência humana totalmente empenhada na difícil missão de prestar justiça, disposta a aceitar a responsabilidade de sua decisão, que não é o produto de uma operação aritmética, mas a conclusão de uma escolha moral”<sup>293</sup> contém uma falha grave: a escolha moral numa democracia pertence necessariamente ao povo<sup>294</sup>,

---

<sup>293</sup> Como sustenta CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 51.

<sup>294</sup> Conforme bem demonstrado no prestigioso trabalho de: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

observados os direitos humanos histórica e internacionalmente consolidados<sup>295</sup>. O que importa na decisão judicial não é a “consciência humana” do juiz nem a “escolha moral” que tome. O que importa de fato é a construção institucional da justiça: o desempenho de seu papel não como pessoa, mas como instituição, como integrante de um sistema que é maior que o juiz — o sistema democrático.

Para o desempenho perfeito (ou melhor, para o desempenho mais perfeito possível, observado o caráter plural e humano da democracia, que tem consciência de suas imperfeições e trabalha institucionalmente para aprimorar-se além delas) desse papel de aplicador da lei, o juiz ou administrador necessariamente justifica suas decisões — como único meio possível de sujeitá-las ao debate público<sup>296</sup>, não apenas fora do processo (ao permitir o escrutínio público), mas também nele próprio, visto a relação umbilical da motivação explícita com as possibilidades de defesa, impugnação e duplo grau<sup>297</sup>.

Pelas mesmas razões, em sentido contrário ao trabalho de Pedro Manoel de Abreu — que não se trata de pensamento isolado, mas do posicionamento aparentemente dominante na comunidade jurídica, científica, e mesmo social — questionamos a legitimidade do juiz para “fazer justiça”<sup>298</sup>, “afastar-se dos legalismos estéreis que cerceiem sua liberdade de criar na sentença”<sup>299</sup>, ou arbitrar “uma antinomia entre lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica”<sup>300</sup>, ou, ainda, iniciar a “resistência às leis injustas”<sup>301</sup>, ou ser “soberano na atividade jurisdicional”<sup>302</sup>. Todas essas proposições são incompatíveis com a ideia contemporânea de democracia.

---

<sup>295</sup> Conforme se infere da noção de direitos humanos como parâmetro de legitimidade estatal, obrigação internacional que se sobrepõe às escolhas políticas de cada sociedade em particular, verificada em: JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 58, 2008.

<sup>296</sup> Necessidade brilhantemente identificada por: RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37-41; e seguida em: SEN, Amartya Kumar. **Development as freedom**. 4th reprinting. New York: Alfred A. Knopf, 2000, *preface*.

<sup>297</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 68; e BECK, Luke. **The constitutional duty to give reasons for judicial decisions**. *USNW Law Journal*, v. 40, 2017. p. 927-951.

<sup>298</sup> ABREU, Pedro Manoel de. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008, p. 289.

<sup>299</sup> ABREU, Pedro Manoel de. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008, p. 289.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 332.



Dedicaremos a seguir um esforço de dialogar com essas proposições e seus fundamentos.

Antes de adentrarmos a justificativa, entretanto, consignamos que não estamos, de modo algum, a defender a ideia falaciosa de reduzir o Judiciário a uma “máquina de silogismos”<sup>303</sup>, e não há registro de estudo científico algum que proponha tal reducionismo — sendo que expressões dessa espécie ocorrem comumente como um espantinho do pensamento positivista jurídico.<sup>304</sup> Se o Poder Judiciário, em algum momento, teve esse tipo de comportamento, foi por razões práticas e políticas<sup>305</sup>, mas de modo algum científicas.

A questão que se coloca, cuja discussão evidencia com clarividência solar a relação entre fundamentação das decisões e democracia, são os limites da atividade jurisdicional no sistema democrático — o papel que desempenha ou que deva desempenhar para a construção de justiça institucional no sistema democrático. E a resposta a esse desafio, além de se atentar às especificidades jurídicas, históricas e culturais de cada sociedade, deve se afigurar compatível com a totalidade multidimensional dos direitos humanos, como padrão de legitimidade do poder estatal<sup>306</sup>.

Essa circunstância não significa atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de, unilateralmente, arbitrar a legitimidade dos outros poderes estatais, a pretexto de “manter sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis”<sup>307</sup>. Isso por uma razão simples: o Poder Judiciário é poder estatal, e os direitos humanos se prestam a limitá-lo tal como limita os demais.

Nesse prisma, o contraditório efetivo — ou seja, a capacidade das partes de, dialética e intersubjetivamente, alcançar o Poder Judiciário e obter resposta

---

<sup>303</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>304</sup> Conforme observado por: STERCK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Número 52. Belo Horizonte, jan./jun. 2008, p. 127-162; STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista Eletrônica NEJ. Volume 15, número 1. ISSN Eletrônico 2175-0491. Jan.-abr. 2010, p. 158-173.

<sup>305</sup> Inclusive como efeito pernicioso da ditadura: ABREU, Pedro Manoel de. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008, p. 291.

<sup>306</sup> JUBILUT, Liliansa Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 58, 2008.

<sup>307</sup> ABREU, Pedro Manoel de. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008, p. 483.

institucional para os argumentos que propõem, inclusive em questões de direito — é um desses limites. A fundamentação completa das decisões judiciais é outro. Nas palavras do professor Julio Cesar Rossi, em interessante artigo opinativo a respeito da situação corrente da fundamentação das decisões no Brasil:

Há ainda quem sustente que o órgão julgador somente está obrigado a fundamentar exhaustivamente sua decisão nos casos em que a postulação também assim o fizer. Ledo engano, o artigo 489, § 1º<sup>308</sup> é uma garantia fundamental do cidadão contra o arbítrio do Estado e não uma garantia do Estado contra o cidadão, simples não? Além disso referido dispositivo é um dever do julgador e não constitui ônus das partes. É um pressuposto de validade das decisões, sob pena de nulidade<sup>309</sup>.

O dever de motivar enquanto exigência de direitos humanos não distingue decisões proferidas em processo administrativo ou por outra autoridade estatal das judiciais, nem difere entre o tipo ou complexidade da decisão de que se trate. Independe até mesmo do modelo de Estado ou governo que, numa perspectiva de direitos humanos, estejamos tratando. Fundamentação dos pronunciamentos estatais é um limite geral ao poder do Estado, e não um mero aspecto da realidade processual — e isso torna-se evidente na medida em que exploramos sua multidimensionalidade e relações com outros aspectos da dignidade humana. Por consequência, se aplica indistintamente a todos os âmbitos da atividade estatal, e se interpreta segundo os parâmetros vistos na seção 1.2 deste trabalho.

Atribuir ao juiz (ou a qualquer aplicador da lei) uma atividade criadora do direito; a faculdade de resistir a leis injustas; a missão de fazer justiça; ou, ainda, considerá-lo único árbitro e guardião dos direitos fundamentais; — tudo isso incorre no problema grave, e cada vez mais frequente na realidade brasileira<sup>310</sup>, de reduzir uma justiça que precisa ser institucionalizada e dialogada, à pessoa mitológica do juiz.<sup>311</sup>

<sup>308</sup> O autor se reporta a: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 26 dez. 2020.

<sup>309</sup> ROSSI, Julio Cesar. ADBPRO#25: E tudo continua como Dantes no quartel de Abrantes. Revista Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-25-e-tudo-continua-como-dantes-no-quartel-de-abrantes>. Publicado em 21.03.2018. Acesso em 26 dez. 2020.

<sup>310</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Vol. 8, n. 2. jul./dez. 2017, p. 270.

<sup>311</sup> Conforme precisamente identificado no trabalho de Giacomolli, em análise da legislação e prática processual penal brasileira, mesmo após a Constituição e as reformas: *“Nesse modelo inquisitorial, o juiz é senhor o todo poderoso, representante divino ou dos aristocratas e monarcas contemporâneos, um ser intocável, insuspeito, ungido contra qualquer voz crítica, um ser acima dos demais agentes processuais, com mais poderes, inclusive probatórios, que as próprias partes.”* GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas.

Na democracia, a decisão judicial e a imparcialidade do juiz precisam ser escrutináveis, e isso se concretiza necessariamente pela fundamentação completa, e pela desmistificação do livre convencimento. O elemento que viabiliza a discussão pública dos pronunciamentos estatais é a fundamentação.

Há modos adequados para a fundamentação, cuidadosamente desenhados de forma institucional. O Poder Legislativo pode se fundamentar em critérios de moral e justiça — porque essa fundamentação é corrigível em controle de constitucionalidade. O Executivo deve fundamentação jurídica nos atos vinculados, e fundamentação de conveniência e oportunidade onde a Lei lhe concede a prerrogativa discricionária.

O Poder Judiciário, entretanto, como última instância de decisão de direito concreto (individual ou transindividual), sem controle democrático posterior, arca com o ônus de estar limitado estritamente à linguagem do Direito — linguagem interpretativa, mas de interpretação jurídica, e não moral.

Nisso, também dissentimos respeitosamente do posicionamento de Pedro Manoel de Abreu. O autor, ao admitir a linguagem da justiça, argumenta:

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo *locus* institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do direito. Especialmente nos países de *civil law* houve uma mudança de paradigma, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de adequar o fato à lei, assumindo também a atribuição de perquirir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não mais é dependente da política<sup>312</sup>, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes. Com isso, põe-se em evidência o novo papel do Poder Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão democracia jurisdicional<sup>313</sup>.

A descrição não poderia estar mais longe de uma democracia jurisdicional. Ao

---

**Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em < <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em 07 jan.2021.

<sup>312</sup> Tornar a justiça independente da política (ou seja, do direito positivo) é justamente um dos pontos indicados por Arendt no tratamento do Estado Totalitário. V. nota 269.

<sup>313</sup> ABREU, Pedro Manoel de. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008, p. 327.

contrário, a fuga do Judiciário de sua missão de resolver casos concretos com o Direito — linguagem pré-estabelecida por diálogos institucionais —, revivendo a arbitrariedade das preferências morais do julgador é marca de indevida supremacia judicial<sup>314</sup>.

É uma falha grave pressupor que, porque o Judiciário está mais participativo na adjudicação de direitos (como deve estar), estaria liberado para admitir a linguagem da justiça para além do direito. Muito ao contrário, a participação na adjudicação é produto do desenvolvimento da linguagem do direito, a expansão da positivação.

Outro erro é considerar que o juiz tem (ou teve, em qualquer momento) o papel de “adequar o fato à lei”, ou que passou a ter o papel de “perquirir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais”. Isso é falso: o papel do juiz é o de resolver casos concretos, por meio do devido processo legal e do contraditório participativo, aplicando uma justiça institucional. Ele não “perquire a realidade”, como um vigia — esta atividade cabe às partes na formação do contraditório, e a várias instituições na formação pretérita do direito em abstrato.

A visão de Pedro Manoel de Abreu, embora descreva o pensamento dominante a respeito do papel do Judiciário na realidade atual, é problemática na medida em que abre espaço para o desvio desse poder do papel constitucional a que se destina, em prejuízo da democracia.

Autorizar que predomine no Judiciário “a linguagem da justiça”, ou que ele “perquira a realidade à luz dos valores constitucionais”, como descreve a citação, e da forma com que lamentavelmente tem-se feito nos últimos anos tem vários efeitos deletérios à sua legitimidade<sup>315</sup>.

Um deles é o desaparecimento do freio e contrapeso mencionado acima. O

---

<sup>314</sup> Termo que trazemos de: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

<sup>315</sup> Cabe notar que isso não significa descompromisso com a ideia arendtiana de busca de justiça no caso concreto, levantada na seção anterior. A preocupação em não reduzir casos concretos a números é legítima, e historicamente justificada. Contudo, a justiça no caso concreto é realizada por meio da constitucionalização e institucionalização comprometida com a totalidade dos direitos humanos — e não com um recurso autoritário à moral do juiz. Aplicar “a letra” de uma lei democrática é uma atitude democrática. Para deixar de aplicar a lei produzida em uma sociedade democrática, o juiz tem o ônus argumentativo de demonstrar sua inconstitucionalidade ou inconveniência. Não basta que recorra à noção vaga de lei “injusta”, porque não é o juiz quem tem a atribuição constitucional de avaliar a justiça das leis. A observação de Arendt refere-se à necessidade de se julgar o caso concreto — algo que tem se esquecido na sociedade brasileira ao se propagar a ideia errônea de que as cortes superiores julgam teses.

Judiciário é a última instância do debate de um caso concreto. Portanto, ele necessita ser mais rigoroso que os demais poderes na linguagem e no procedimento. É no procedimento que se depura a argumentação, afastando-a de preconceitos e valores pessoais do julgador, suas noções pessoais de justiça, seus posicionamentos e inclinações políticas. A parte tem direito à aplicação da ordem democrática — aquela previamente existente, que foi institucionalmente construída pela participação democrática em todas as etapas de construção e exercício do poder estatal<sup>316</sup>. Em contrapartida, o Poder Judiciário tem o dever de prestar contas de que está aplicando a ordem democrática e não suas inclinações pessoais. Isso passa necessariamente pela restrição do debate à linguagem jurídica, com as técnicas de interpretação adequadas e uniformes, e não à linguagem elástica e demagógica da justiça.

Isso não significa, de modo nenhum, o extremo oposto de reduzir o Judiciário a aplicador mecânico da lei, nem a “máquina de silogismos”, nem, ainda, ignorar princípios, a necessidade de controle de constitucionalidade, ou de convencionalidade.

Significa apenas que se deve trabalhar com as fontes do direito: com normas jurídicas, com princípios jurídicos (e não valores<sup>317</sup>), com regras, com direitos e deveres e com técnicas apropriadas de interpretação jurídica.

Um segundo problema é o comprometimento da imparcialidade — que, conforme dissemos, numa perspectiva de direitos humanos, não engloba uma mitológica e ingênua, fictícia, imparcialidade essencial do juiz (que é ser humano), mas uma imparcialidade institucional e aberta: a tomada de medidas e mecanismos que lhe reduzam a parcialidade humana. Uma imparcialidade escrutinável, testável e questionável, transparente, e que implique responsabilidade — a saber, uma imparcialidade democrática.

---

<sup>316</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

<sup>317</sup> Princípios jurídicos enquanto mandamentos de otimização positivados como normas possuem uma densidade normativa e um nível de concretude que meros valores (supostos princípios ou “a linguagem da justiça”) não têm. Com efeito, os verdadeiros princípios jurídicos, que são espécie de normas, podem ser lidos, interpretados segundo técnicas consolidadas, e aplicados de maneira uniforme e previsível — algo que a “moral”, a “justiça”, e os “princípios” que não tenham normatividade não permitem. Admitir critérios de moral na atividade judicial significa ampliar desproporcionalmente o poder do julgador como indivíduo imbuído de sua própria moral, em prejuízo do julgador-instituição, e de critérios escrutináveis de interpretação jurídica. O dever do juiz não é o de “fazer justiça” como pessoa, mas o de fazer justiça como instituição, fazendo uso de um poder que não é seu, mas do Estado, e prestando contas da observância de seus limites. Ver: LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21646/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>. Publicação em abril de 2012. Acesso em 24 dez. 2020.

Isso porque o juiz que traz para argumentação elementos de moral, ou “perquire a realidade” a partir de “valores”<sup>318</sup> constitucionais, conforme o trecho acima — em vez de participar de forma intersubjetiva e restrita a seu papel da construção de uma verdade institucionalizada com as partes, pelo devido processo, como é seu verdadeiro dever<sup>319</sup> — torna seu raciocínio inescrutável.

Cada vez que o juiz traz para a sentença um elemento que não tenha sido objeto do contraditório (ou deixa de apreciar um elemento que o tenha sido), ele abre espaço para a suspeita de que a verdade da sentença não tenha sido produto do processo democrático, mas de sua justiça pessoal. Cada vez que produz prova como se fosse parte (ou quando deixa de produzir após alimentar essa expectativa com produção anterior), o juiz compromete sua imparcialidade, jogando sobre si suspeita de que, durante o processo, está mais próximo de uma parte que de outra. No curso do processo, há que se zelar constantemente pela imparcialidade do juiz — cada ação ou abstenção do magistrado conta<sup>320</sup>.

Isso nos leva a uma terceira fragilidade da visão em referência. O protagonismo judicial desacompanhado de garantias que protejam e prestem contas da imparcialidade do juiz-instituição<sup>321</sup> expõe a Justiça a ataques antidemocráticos.

Esse fator tem sido impiedosamente explorado por setores da mídia (inclusive no campo das *fake news*<sup>322</sup>) voltados, intencionalmente ou não, à erosão contumaz da legitimidade do Judiciário, caminhando para possibilitar, num cenário extremo, uma ruptura antidemocrática por parte de outras instituições que também buscam se legitimar na linguagem da “justiça” e da “moral”.

---

<sup>318</sup> Para uma crítica ácida sobre o mau uso de valores na linguagem jurídica, e sua diferença em relação a verdadeiros princípios: STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do direito. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em 24.jan. 2020.

<sup>319</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

<sup>320</sup> DADICO, Claudia Maria. A garantia da imparcialidade do juiz e o crepúsculo dos heróis. **Revista Justificando**. Publicação em 17.06.2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/17/a-garantia-da-imparcialidade-do-juiz-e-o-crepusculo-dos-herois/>. Acesso em 23 jan.2020.

<sup>321</sup> E não do juiz pessoa, que é essencialmente parcial. Há que se desvincular a decisão como produto institucional e serviço público — por um processo decisório democrático que ocorre nos autos e não na “consciência” — daquilo que se passa no âmbito inacessível e inescrutável do pensamento íntimo do juiz, que nada tem a ver com direito e não é objeto da jurisdição.

<sup>322</sup> CALDAS, Camilo Onoda Luiz; CALDAS, Pedro Neris Luiz. **Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos e vulnerabilidade no contexto do big-data, das fake news e das shitstorms**. *Perspect. ciênc. inf.*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 196-220, junho, 2019. Disponível em < <https://doi.org/10.1590/1981-5344/3604> > Acesso em 23 dez. de 2020.

O Direito — a linguagem e a interpretação jurídica<sup>323</sup>, o contraditório efetivo e a ampla defesa — é o único elemento que põe o Judiciário a salvo dessa arena, numa posição em que tenha legitimidade de intervir nos demais poderes. Essa legitimidade advém justamente do fato de que não foi ele, julgador, quem produziu a regra, princípio ou prova, não tendo, portanto, interesse na sua aplicação, senão o decorrente de seu papel institucional.

Isso muda radicalmente quando a fundamentação se dá em linguagens que não a de interpretação jurídica, que não seja coerente com o contraditório e com a integridade jurisprudencial.

O Direito é a base, a justificativa do poder do julgador, que se irradia desde o modo de seleção dos magistrados no Brasil (concurso público, e não eleições) às regulamentações internacionais de sua conduta<sup>324</sup>.

Admitir a linguagem da “justiça” e da moral para a decisão judicial como meio de aproximar o Judiciário da sociedade aparenta funcionar a curtíssimo prazo; mas produz o efeito oposto, num prazo não muito mais longo. Acaba por arruinar o propósito constitucional para o qual foi realmente designado: decidir imparcialmente sobre direitos violados ou ameaçados em concreto, aplicando o Direito por meio do devido processo legal.

A simples evidência de o tema estar em debate explicita de modo claro a relação entre democracia e fundamentação das decisões judiciais e administrativas. Para, contudo, deixar esta relação ainda mais clara, passamos a referenciar algumas considerações do trabalho de Schmitt Garcia no tema<sup>325</sup>.

O estudo em referência divide-se em três partes: na primeira, relaciona Constituição e processo civil, a fim de se contextualizar e caracterizar o contraditório como mais importante corolário do devido processo legal; na segunda, aprofunda a relação entre processo e democracia, e traz importante dado no que tange à

---

<sup>323</sup> Upendra Baxi possui uma interessante concepção de o que é o Direito e quais os elementos de uma Constituição, relatado na nota n. 271, que explica bem a relação entre interpretação e o Direito. O autor tem o cuidado de refutar a ideia falaciosa e autoritária de que o Direito é o que os tribunais e juízes afirmam que é. Ver: BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. Publicado por NALSAR University of Law em 17.02.2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo>. Acesso em 10 jan.2021.

<sup>324</sup> UNITED NATIONS. **The Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Publicado em 2002. Disponível em: [https://www.un.org/ruleoflaw/files/Bangalore\\_principles.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Bangalore_principles.pdf). Acesso em 23 dez. 2020.

<sup>325</sup> GARCIA, Gabriela Schmitt. Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea. **Revista Justiça do Direito**. Volume 30, n. 2, p. 278-897, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>. Acesso em 24 dez. 2020.

reelaboração dos conceitos de processo e procedimento, que muito importa para os fins deste trabalho; na etapa final, o estudo revela a construção da justiça por meio do exercício democrático no âmbito processual, bem como o papel do magistrado neste cenário.

Conforme dissemos, é de importância observar a reconstrução conceitual da diferença entre processo e procedimento. Observe-se a interessante proposição:

Segundo Gonçalves, a caracterização do processo como uma espécie de procedimento exigiu a reelaboração de seu conceito. O autor expõe que o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. Assim, a atividade preparatória do provimento é o procedimento que, normalmente, chega a seu termo final com a edição do ato por ele preparado. Destaca que a contribuição efetiva para a renovação do conceito de procedimento no direito processual vem de Élio Fazzalari, que caracterizou os provimentos como atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional, considerando, assim, o procedimento uma atividade preparatória do provimento. 'O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece<sup>326</sup>.

Como se vê, a noção clássica de que procedimento seria apenas o meio por que se exterioriza o processo é falsa, uma vez que o procedimento cumpre um propósito político, e não meramente formal.

Com efeito, em lugar dessa noção, temos que procedimento é uma atividade preparatória de um ato de vontade estatal (provimento). O procedimento serve para disciplinar o exercício do poder estatal: os atos de exercício do poder estatal estão sujeitos a um prévio procedimento.

O processo judicial é uma das espécies de procedimento — como são o processo administrativo e o processo legislativo, e as várias modalidades de cada um. A sentença, lei, ato administrativo ou qualquer forma de poder estatal que resulte do procedimento chama-se provimento.

Tal concepção é acertada porque sucede em orientar a noção de processo e procedimento às suas finalidades constitucionais. Ademais, é reveladora, na medida em que evidencia a fundamentação das decisões como princípio de aplicação geral a

---

<sup>326</sup> GARCIA, Gabriela Schmitt. *Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea. Revista Justiça do Direito*. Volume 30, n. 2, p. 278-897, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>. Acesso em 24 dez. 2020. p. 287.; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; e FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Quinta Edizione: Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1989 apud Gonçalves, 1992, p. 112.



todas as espécies de procedimento: cada um com a linguagem constitucionalmente apropriada, conforme indicamos acima.

A segunda descoberta interessante do trabalho em exame, e que finaliza nossas considerações a respeito de fundamentação e política, é a de que:

[...] é possível afirmar que o estudo dos conceitos e princípios que regem a ciência do Direito merecem sempre ser revistos, a fim de que possam ser aplicados de acordo com o momento histórico, político e social vigente, e principalmente para que permaneçam atendendo à função de elementos necessários à concretização da justiça.

Nesse sentido, o estudo do contraditório deve partir da compreensão de devido processo legal, tendo em vista que, junto à ampla defesa, é considerado seu principal corolário.

Destaca-se que o princípio do contraditório está intimamente ligado ao exercício de poder, sendo considerado pela doutrina como inerente à própria noção de processo, razão pela qual, atualmente, é entendido como procedimento em contraditório.

Supera-se, assim, a concepção tradicional de contraditório como relação jurídica, falando-se em legitimação pela participação, que decorre da efetiva participação das partes na formação da decisão, isto é, o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, necessária para legitimar a tarefa jurisdicional. Assim, o processo passa a ser visto como uma expressão relevante para a democracia, legitimando-se pela participação<sup>327</sup>.

Esse trecho revela como a decisão do juiz como provimento, ou seja, ato de poder estatal institucionalizado (e não como a ultrapassada ideia ato de consciência<sup>328</sup> ou de vontade do juiz) necessita, tal qual todos os atos estatais, buscar legitimidade. Esta legitimidade, como expõe o trabalho em referência, advém da participação democrática das partes — do contraditório efetivo, da possibilidade real de influir na decisão judicial participando de sua construção.

Resta claro, portanto, que todos os atos estatais necessitam de fundamentação numa perspectiva de direitos humanos: pois todos necessitam de legitimação, pelo procedimento. Vimos que há uma linguagem apropriada para cada procedimento, adaptada à realidade institucional de cada órgão do Estado: a linguagem moral e a justiça no processo legislativo; a linguagem da conveniência e da oportunidade nos atos administrativos discricionários; e a linguagem estritamente jurídica nos atos vinculados e nos processos judiciais.

Face aos dados apresentados, negar que a fundamentação seja completa (e

<sup>327</sup> GARCIA, Gabriela Schmitt. Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea. **Revista Justiça do Direito**. Volume 30, n. 2, p. 278-897, maio/ago. 2016. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>. Acesso em 24 dez.2020. p. 287.

<sup>328</sup> Lamentavelmente propagada à exaustão, de forma dogmática e irrefletida, na teoria jurídica, com expressivo (e autoritário) eco na jurisprudência, assim como o dogma do “livre” convencimento.

se dirija a todos os argumentos postos no procedimento) é negar a participação democrática das partes num espaço a que têm direito; é negar a prestação de contas da imparcialidade do juiz; é negar uma importante limitação do poder estatal contra o jurisdicionado; e negar formas de justiça social e transparência, nas outras dimensões de direitos humanos que trataremos a seguir.

#### **2.4. Outras dimensões: processo, economia, informação e accountability**

Conforme dissemos anteriormente, a multidimensionalidade dos direitos humanos implica que, tal como o conjunto indivisível, cada direito humano possui uma dimensão civil-política, uma social-econômica, e uma difusa — todas de forma positiva (exigindo prestações) e negativa (fixando proibições). Isso não significa que todas as dimensões se fazem presentes de modo idêntico em todos os direitos humanos: em cada um deles, um aspecto predomina, embora os demais coexistam.

Assim, no caso da fundamentação dos pronunciamentos estatais, a dimensão que predomina é a civil-política. As dimensões social-econômica e difusa coexistem, mas estão presentes de forma menos acentuada, mais indireta e sutil. Buscaremos evidenciar esses outros aspectos da fundamentação das decisões como esses outros aspectos da fundamentação dos pronunciamentos estatais coexistem, de modo a revelar que lugar a fundamentação ocupa no conjunto de proteções jurídicas à dignidade humana.

Isso nos permitirá seguirmos para a etapa final desta pesquisa, em que deduziremos consequências jurídicas para o Brasil enquanto sociedade política e como Estado Soberano sujeito ao Direito Internacional.

Uma primeira relação que se faz aparente é a que, ao viabilizar a apreciação completa do caso concreto, a fundamentação dos pronunciamentos estatais permite o provimento e garante a exigibilidade de direitos humanos de natureza predominantemente econômica e social. De nada adiantaria a fixação dos direitos humanos desta natureza, com aspectos predominantemente de segunda dimensão, se desacompanhados de instituições que lhes assegurem o provimento. Uma das salvaguardas que assegura o provimento e exigibilidade dos direitos predominantemente sociais e econômicos é a fundamentação dos pronunciamentos.

Isso vem ao encontro da colocação que trouxemos anteriormente, a partir da

leitura de Fonseca<sup>329</sup> sobre Arendt<sup>330</sup>: soluções institucionais que mantenham as peculiaridades de cada caso concreto à vista, não permitindo que o interesse na vida humana e seu valor se perca na generalização excessiva da burocracia. Essa interdependência significa um aspecto de segunda dimensão na fundamentação das decisões: a capacidade de, pela prestação estatal positiva que é fundamental e apreciar todos os argumentos das partes, prover direitos de natureza econômica e social.

Outra relação importante que a fundamentação dos pronunciamentos estatais tem com o aspecto social-econômico da dignidade humana se evidencia na justificação apresentada por Amartya Sen, no sexto capítulo de sua obra *Development as Freedom*<sup>331</sup>.

No referido texto, o autor explora as relações entre democracia, liberdades públicas civis e políticas, e liberdades econômicas: ambas como um conjunto de liberdades substantivas, que sua obra propõe como medida de justiça social.<sup>332</sup> Para tanto, o autor em referência dialoga com a argumentação mais comum em favor da priorização das liberdades econômicas em relação às civis em países pobres, oferecendo-lhe um substancial contraponto, que neste trabalho se presta a demonstrar a relação entre fundamentação das decisões como liberdade civil e parte do debate público, e desenvolvimento econômico-social.

O autor, assim, enfrenta as seguintes proposições: 1) As liberdades civis atrapalham o desenvolvimento econômico (tese Lee)? 2) Se houvesse escolha, as pessoas pobres prefeririam abdicar de liberdades civis caso isso lhes assegurasse o atendimento de todas as suas necessidades econômicas? 3) (Variante da proposição 2) Para além do que as pessoas pobres escolheriam de fato nessa situação, elas teriam razão ou motivos para escolher em favor das necessidades econômicas? 4) As liberdades civis seriam reflexo de valores ocidentais, enquanto o atendimento prioritário de necessidades econômicas reflete valores orientais?

---

<sup>329</sup> FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais. *Revista de Filosofia do Direito*, do Estado e da Sociedade. Vol. 8, n. 2. jul./dez. 2017, p. 260-274.

<sup>330</sup> ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979.

<sup>331</sup> SEN, Amartya Kumar. *Development as Freedom*. 4th reprinting. New York: Alfred A. Knopf, 2000, p. 146-159.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 02-11.

A proposição 4 é enfrentada num capítulo à parte<sup>333</sup> do trabalho de Sen, o que o autor justifica ser pela necessidade de um exercício de interpretação cultural. Por outro lado, para os fins deste trabalho, a questão foi devidamente posta e enfrentada em nosso capítulo inicial, ao descrevermos a característica da universalidade dos direitos humanos, e tratarmos das críticas historicamente endereçadas a ela — inclusive no mesmo contexto referenciado por Sen, qual seja, o do debate realizado na Conferência de Viena de 1993. Assim, para evitar redundância e concentrar o esforço teórico na demonstração da relação entre liberdades civis e necessidades econômicas, o exame das demais proposições bastará.

De acordo com o autor:

Seria este um modo sensível de abordar os problemas das necessidades econômicas e liberdades políticas — em termos de uma dicotomia básica que parece minar a relevância de liberdades políticas porque as necessidades econômicas são tão urgentes? Eu arguiria, não, este é um modo de todo incorreto de visualizar a força das necessidades econômicas, ou de compreender a saliência de liberdades políticas. As reais questões que necessitam ser atendidas estão em outro local, e envolvem tomar anotações das interconexões extensas entre liberdades políticas e o entendimento e atendimento de necessidades econômicas. As conexões não são meramente instrumentais (liberdades políticas têm um papel vital em prover incentivos e informação para a solução de necessidades econômicas agudas), mas também construtivas. Nossa concepção de necessidades econômicas depende crucialmente de debates e discussões públicas, cuja garantia requer a insistência em liberdade política básica e direitos civis.

Argumentarei que a intensidade das necessidades econômicas se soma — em vez de se deduzir — à urgência de liberdades políticas. Há três considerações diferentes que nos levam na direção de uma proeminência geral de direitos políticos e liberais básicos:

- 1) sua importância direta na vida humana associada a capacidades básicas (incluindo as de participação política e social);
- 2) seu papel instrumental em incrementar a escuta que as pessoas recebem ao expressar e fundamentar suas pretensões de atenção política (inclusive os pedidos baseados em necessidades econômicas);
- 3) o papel construtivo na concepção de “necessidade” (incluindo a compreensão do que é uma “necessidade econômica” num contexto social). [...].

As ponderações de Amartya Sen, e as justificativas que apresenta no trabalho em referência evidenciam de maneira clara a relação de direitos civis e políticos — no que se inclui o direito ou capacidade de obter do Estado as razões de seus provimentos — com o atendimento e manejo de necessidades econômicas pela política: desses três ângulos distintos.

O direito à fundamentação possui esses três aspectos levantados pelo

---

<sup>333</sup> SEN, Amartya Kumar. **Development as Freedom**. 4th reprinting. New York: Alfred A. Knopf, 2000, p. 227-248.

professor. Por certo, possui importância direta na vida humana: na medida em que promove um aumento das capacidades do indivíduo, permitindo que ele possua a liberdade de obter respostas jurídicas institucionalizadas (positivas ou negativas) às suas pretensões. Oferece previsibilidade e segurança, e um acesso à justiça que não atende apenas à exigência quantitativa, mas também qualitativa. Promove participação política e viabiliza o debate público no âmbito dos provimentos estatais.

Exibe, ainda, o papel instrumental na formação e distribuição do atendimento de necessidades econômicas. Ao se estabelecer o ônus de fundamentar àquele que exerce o poder estatal, se amplia a fiscalização pública, e se assegura que reivindicações políticas necessitarão de resposta pela linguagem adequada a cada instituição democrática responsável.

Por fim, desempenha papel construtivo sem dúvida, na medida em que incorpora de forma institucionalizada uma das vias do debate público: onde haveria apenas provimento, ou uma fundamentação sucinta, lacônica ou insuficiente, há fundamentação completa, o que acaba por acelerar e elevar a qualidade do debate público. Além disso, a existência de uma linguagem de fundamentação aplicável para cada esfera de poder ou atividade estatal (a saber: um procedimento para cada provimento<sup>334</sup>), se viabiliza a multiplicidade de linguagens de discussão no debate público, ampliando a publicidade.

Outro ponto importante da fundamentação das decisões enquanto relacionada com a segunda dimensão dos direitos humanos é a lembrança de que o acesso qualitativo à Justiça é imprescindível meio de controle das demais formas de poder que não o estatal. Um dos caminhos que se abrem no sistema de direitos humanos para o indivíduo ou grupo marginalizado conter abusos do poder econômico, midiático, familiar, dentre outros é o da jurisdição, e o impedimento do acesso à justiça institucionalizada na fundamentação do provimento lhe furta desse crucial meio de defesa. Isso vem ao encontro da necessidade indicada por Arendt<sup>335</sup> em relação ao desaparecimento das especificidades do caso concreto (e das vidas humanas

---

<sup>334</sup> GARCIA, Gabriela Schmitt. Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea. **Revista Justiça do Direito**. Volume 30, n. 2, p. 278-897, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>. Acesso em 24 dez. 2020. p. 287.; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992; e FAZZALARI, Elio. **Instituzioni Di Diritto Processuale**. Quinta Edizione: Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1989 apud Gonçalves, 1992, p. 112.

<sup>335</sup> ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979, p. 461-463.

envolvidas) em meio à abstração sem limites.

Encerrando nossas considerações a respeito da multidimensionalidade do direito à fundamentação, observamos uma relação, ainda que tangencial, entre a fundamentação e a terceira dimensão dos direitos humanos: o eixo difuso, relacionado à humanidade para além das fronteiras do estado nacional. Costuma-se exemplificar esta dimensão com os direitos ao meio ambiente equilibrado, à preservação do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, à paz, à democracia e ao desenvolvimento. É de se notar, contudo, que todos os direitos humanos são universais e, portanto, de titularidade da humanidade — o que inclusive lhes atribui o caráter de norma internacional de *jus cogens*, especialmente pela via do costume, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>336</sup>.

O aspecto internacional (e inclusive intergeracional, no sentido de incluir gerações futuras, especialmente no caso do meio ambiente, em que alguns desequilíbrios se tornam irreversíveis) é mais proeminente no caso de alguns direitos, e menos proeminente no caso de outros: mas toda a humanidade tem interesse histórico-jurídico na preservação do valor e na tutela da dignidade humana, razão por que todos os direitos humanos envolvem alguma dimensão de fraternidade e transindividualidade.

Com a fundamentação dos pronunciamentos estatais não é diferente. Trata-se de avanço institucional de interesse de todos, com relações globais com a promoção do desenvolvimento e da democracia — relevante num mundo em que o acesso à informação é cada vez mais fundamental, sobretudo para possibilitar *accountability*: a transparência dos governos, que permita exigir contas do exercício do poder estatal mesmo em nível global.

Nesse particular, é de se notar a incidência do direito à motivação também sobre os pronunciamentos das organizações intergovernamentais, posto que no exercício do poder estatal (ainda que em nível supranacional e de maneira reflexa). Trata-se de ponto importante para a legitimidade dos pronunciamentos dessas entidades, e etapa da constituição de um debate público em nível global<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 24 mai. 2020.

<sup>337</sup> Para ponderações a respeito do devido processo em investigações de organizações internacionais: FRANCK, Thomas M. and FAIRLEY, H. Scott. Procedural Due Process in Human Rights Fact-Finding by International Agencies. **The American Journal of International Law**, Vol. 74, No. 2 (Apr., 1980), pp. 308-345. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2201504>. Acesso em 10 dez.2020.

Está claro desta seção, portanto, que o direito à fundamentação possui implicações de natureza econômica, social e difusa, num mundo cada vez mais conectado, e necessita de reafirmação histórica do ponto de vista da dignidade humana — para que esta não se perca nas abstrações de um processo decisório desvinculado de suas raízes políticas, históricas e filosóficas, preocupado com eficiência quantitativa com cada vez menos atenção às especificidades dos casos concretos e às necessidades dos sujeitos do procedimento.

## **2.5. A fundamentação das decisões entre os direitos humanos**

No encerramento deste capítulo, destacamos algumas conclusões a que chegamos por meio de uma aplicação dedutiva da multidimensionalidade ao caso específico do direito fundamentação.

A primeira se relaciona à presença de fundamentos éticos para o dever de motivar, a partir de correntes filosóficas bastante distintas: o jusnaturalismo aristotélico clássico nos indica a fundamentação como exercício de virtude do aplicador da lei e de promoção do bem comum; o iluminismo destaca a fundamentação como freio ao poder estatal, garantindo que não tome postura paternalista e observe as liberdades individuais, bem como afasta o autoritarismo do aplicador da lei em um processo decisório que tome o indivíduo como co-legislador com legitimidade política; e o estruturalismo surge, no tema da fundamentação, como um meio-termo, em que se viabiliza o debate público como modo de redução das desigualdades e preservação do pluralismo.

A segunda revela que a fundamentação das decisões tem importante significado como liberdade civil, e está positivada em tratados internacionais como parte integrante do direito ao devido processo legal.

A terceira demonstra que não se trata de princípio meramente relacionado à decisão judicial — diz respeito, na realidade, a todo e qualquer provimento estatal, havendo uma linguagem adequada para cada instituição. No Legislativo o debate é amplo e permeado por critérios de justiça e moral, por ser exercício de poder sujeito a controle posterior de constitucionalidade. No Executivo, há a necessidade de se atentar à linguagem jurídica (no caso de atos vinculados), posto que isso demonstra o atendimento aos limites do poder, conjugada com o uso da linguagem de conveniência e oportunidade ao interesse público (nos atos discricionários previamente autorizados dessa forma em lei).

Ao Judiciário, contudo, enquanto emissor de decisões que não estarão sujeitas a nenhum controle democrático posterior, cabe o rigor da linguagem e da técnica estritamente jurídica, sendo inadmissível e nocivo à democracia que o debate se dê em tornos de critérios de “justiça”. Isso porque, se admitíssemos tal linguagem, ensejaríamos espaço indevido para a interferência de sentimentos, vieses e preconceitos do julgador na aplicação de uma justiça que surge de sua consciência — quando deveria surgir do debate público previamente realizado.

A noção tradicional, mas falsa, de decisão como produto da consciência do juiz mina a legitimidade democrática de todo o processo anterior de construção da decisão por diálogos institucionais. Assim, deve-se privilegiar a atuação do juiz como instituição, e não como pessoa, descartando-se as narrativas que trazem a imparcialidade como uma virtude santa da figura mitológica do magistrado — descendo-o ao nível de figura humana e parcial, que necessita, assim, oferecer garantias institucionais e públicas de julgamento imparcial. Em suma, não cabe ao juiz “fazer justiça”, mas aplicar a justiça que foi previamente construída no diálogo institucional democrático ao caso concreto, com atenção a seu conjunto único irrepetível de circunstâncias de cada vida humana que vem ao Judiciário.

A quarta conclusão é a de que a fundamentação das decisões possui, para além de um valor próprio como liberdade do indivíduo, um papel instrumental no atendimento de necessidades econômicas, e um papel construtivo na formação do conceito de necessidade econômica no contexto social.

A quinta é que, tal como os demais direitos humanos, há um interesse difuso na sua proteção internacional, como proteção da dignidade humana e consolidação do debate público, aplicando-se inclusive ao poder estatal exercido no âmbito internacional.

No capítulo seguinte, buscaremos avaliar a teoria e prática brasileiras em matéria de fundamentação das decisões à luz dos critérios reunidos no restante deste trabalho, encerrando o percurso metodológico proposto para a problemática desta pesquisa.



### **3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COMO DIREITO HUMANO: CRÍTICA DA PRÁTICA NACIONAL**

Nos capítulos anteriores, reunimos conhecimento teórico sólido a respeito da fundamentação dos pronunciamentos estatais entre os direitos humanos de relevância internacional. Partimos da reconstrução histórica dos direitos humanos, seus fundamentos filosóficos e características jurídicas. Evidenciamos a multidimensionalidade e oferecemos significado a essa expressão: a noção de dimensões como aspectos dos direitos humanos (em vez de a noção equivocada de divisão em grupos). São dimensões de todos os direitos humanos, cada uma simultaneamente em sua face positiva (ações em benefício do titular) quanto negativa (abstenções em benefício do titular): (1) civil-política, (2) social-econômica, (3) difusa, sempre acompanhadas de suas raízes históricas e filosóficas num processo amplo e desconcentrado de construção.

No segundo capítulo aplicamos esses conhecimentos ao caso específico da fundamentação, buscando evidenciar suas relações com outros direitos humanos nas três dimensões, com a dignidade humana e com o processo histórico de construção de proteções jurídicas a ela. Isso nos permitiu concluir que o direito à fundamentação não está isolado na teoria do processo, mas se relaciona com ética, democracia, provimento de necessidades econômicas e acesso à informação, funcionando como verdadeiro direito humano — que não se limita às decisões judiciais, mas se estende por todo exercício de poder estatal.

Neste terceiro e final capítulo, buscamos tornar esse conhecimento útil à realidade brasileira, mapeando na primeira seção a teoria e prática brasileiras no tema; e oferecendo uma avaliação crítica na segunda seção, com base no conhecimento reunido, e com propostas de solução, encerrando o enfrentamento do problema de pesquisa.

#### **3.1. Legislação interna e fundamentação das decisões: teoria e prática**

No Estado brasileiro, a fundamentação, ao menos das decisões judiciais<sup>338</sup>,

---

<sup>338</sup> Quanto às decisões administrativas, temos o art. 50 da Lei 9.784/99 — infelizmente de *status* formalmente infraconstitucional, apesar de, materialmente, haver relação direta com a dignidade humana. A fundamentação no Direito Administrativo, tal qual no Direito Processual, encontra tratamento teórico ainda distante do processo de construção dos direitos humanos, e esses dois campos do direito parecem caminhar como se fossem universos diferentes, incomunicáveis. Argumentamos neste trabalho que só há uma fundamentação: a dos pronunciamentos estatais — havendo uma linguagem constitucionalmente adequada para cada pronunciamento. Sobre a

sempre foi norma jurídica positivada, desde a época colonial. Conforme nos informam Felipe Arady Miranda<sup>339</sup> e Carla da Silva Mariquito<sup>340</sup>, em seus trabalhos, nas Ordenações Filipinas, em 1603, a norma já constava. Segundo Barbosa Moreira, a norma dispunha:

E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças deffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar<sup>341</sup>.

Nota-se fator interessante na redação: a vinculação expressa, no texto da antiga norma, entre fundamentação e a finalidade de viabilizar o duplo grau de jurisdição<sup>342</sup> — mais uma evidência da relação entre os direitos humanos. Segundo Miranda e Mariquito, as normas portuguesas no tema foram recepcionadas pela Constituição Imperial de 1824, e posteriormente suplantadas pelo Regulamento 737 de 1850. Sucederam os Códigos de Processo de 1939 e 1973.

Entretanto, somente em 1988 (tardamente, em relação à relevância da norma para a dignidade) foi trazida a norma para o nível constitucional, e, ainda assim, na localização que trata da atividade judiciária (art. 93, incs. IX e X) — e não entre os direitos fundamentais, onde é o seu lugar, conforme justificamos com o raciocínio deste trabalho<sup>343</sup>.

Esta pontualidade formal, como é evidente, não obsta que se reconheça na sua

---

fundamentação das decisões administrativas: MOREIRA, Rafael Martins Costa. A motivação das decisões administrativas. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 67, ago. 2015. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Rafael\\_Moreira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Rafael_Moreira.html). Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>339</sup> MIRANDA, Filipe A. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional**. 1. ed. Brasília: IDP, 2014. v. 1. 230p.

<sup>340</sup> MARIQUITO, Carla S. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu desprezo numa sociedade que tem pressa. **Revista eletrônica de direito processual**, v. VII, p. 147-180, 2011.

<sup>341</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 1988, p. 83. apud. MIRANDA, op. cit.

<sup>342</sup> No mesmo sentido, no âmbito australiano: BECK, Luke. **The Constitutional Duty to Give Reasons for Judicial Decisions**. USNW Law Journal, v. 40, 2017. p. 927.

<sup>343</sup> No mesmo sentido, por metodologia distinta: ALMEIDA, Flávio Renato Correa de. Da fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, n. 67, p. 200, jul./set. 1992, *apud*. SOARES, Fabrício Antonio. A fundamentação deficiente das decisões interlocutórias (ou: presentes os pressupostos legais, indefiro a liminar). **Revista Direito**, v. 4, n. 7. Rio de Janeiro, 2000, p. 67-90.: “O conteúdo da norma (do art. 93, inc. IX) é nitidamente uma garantia do cidadão, apesar de inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário, e que, *prima facie*, parece apenas uma determinação quase administrativa, destinada aos órgãos jurisdicionais. Assim não é.”

aplicação o *status* de direito fundamental, conforme permitido pelo artigo 5º, §2º, da Constituição. Entretanto, por certo contribui culturalmente para a visão ensimesmada da fundamentação no direito processual que tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência.

O atraso em constitucionalizar a norma é impactante: o século de positivação em norma infraconstitucional que antecedeu a Constituição vigente influencia culturalmente a fundamentação como simples regra do processo nos costumes e no imaginário social, desconectada da dignidade humana e suas múltiplas dimensões, em um paradigma que necessita ser desconstruído, à semelhança do processo penal<sup>344</sup>.

Evidência disso é o entendimento formalista dissociado dos demais elementos da Constituição Federal, que ainda hoje o Supremo Tribunal Federal mantém. Trata-se da diretriz fixada na tese nº 339 de repercussão geral:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral<sup>345</sup>.

Apesar disso, houve avanços. O novo Código de Processo Civil, de 2015, veio a tratar de maneira inovadora e pormenorizada da fundamentação das decisões judiciais e do contraditório em relação a seu predecessor de 1973 — trazendo regras importantes como a de vedação à decisão-surpresa em matéria conhecível de ofício (art. 10), exemplificando decisões não fundamentadas (art. 489, §1º), bem como especificando o cabimento de embargos de declaração nos casos daquele rol (art. 1.022, parágrafo único).

<sup>344</sup> Cujas legislações, oriundas de regime ditatorial de inspiração fascista, de 1940, permanecem no ordenamento até hoje — perpetuando, embora sob a aparência de constitucionalidade do texto, costumes e práticas inconstitucionais na vida concreta. Sobre o assunto: GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 07 jan. 2021.

<sup>345</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 791.292**. Questão de Ordem. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 23 jun. 2010. Repercussão geral – mérito. Diário de Justiça eletrônico nº 149, publicado em 13.08.2010. Precedente representativo da tese nº 339.

Segundo Castro<sup>346</sup>, a alteração trouxe resultados práticos positivos na aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça, e pela doutrina, inclusive por parte de magistrados.

Em sentido contrário, contudo, Becker e Trigueiro<sup>347</sup> chamam atenção para a infundada manutenção, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da ideia de que “mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada”<sup>348</sup>.

O posicionamento tem a evidente incoerência de não reconhecer a impossibilidade de saber, de antemão, se um argumento é ou não capaz de infirmar a tese adotada pelo julgador: algo que só é possível pelo processamento do argumento segundo o devido processo legal, incluindo a devida fundamentação e decisão como resposta política.

Conforme bem observado por Becker e Trigueiro:

Dessa forma, pode-se dizer que se o juiz pretende acolher os argumentos do autor da ação, ele não precisa “infirmar” todos esses argumentos. Todavia, por outro lado, se pretende rejeitar o pedido, ou, ainda, se pretende afastar argumentos do réu para acolher o pedido do autor, aí sim ele precisa “infirmar” todos os pontos, porque, nesse caso, tais argumentos são direcionados exatamente para embasar a tese a ser acolhida (em caso de rejeição pelo juiz) ou rechaçar a tese do autor (em caso de acolhimentos dos fundamentos do autor).

Não pode o juiz, nessas hipóteses, escolher um argumento e fazê-lo de “argumento-mãe” para todos os demais, porque isso contrariaria a lógica do regramento legal acima exposto.<sup>349</sup>

De fato, contraria não apenas a lógica do regramento legal sob análise, mas principalmente do regramento constitucional — cujo texto não faz distinção entre argumentos capazes ou não de infirmar a tese adotada pelo aplicador da lei, e em que

<sup>346</sup> CASTRO, Daniel Penteado. **Violação ao Princípio da Fundamentação e Coerência da Jurisprudência**. Coluna CPC na prática. Jornal Migalhas. Publicado em 18 out. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/cpc-na-pratica/289398/violacao-ao-principio-da-fundamentacao-e-coerencia-da-jurisprudencia>. Acesso em 07 jan. 2020.

<sup>347</sup> BECKER, Rodrigo e TRIGUEIRO, Victor. **O STJ e a fundamentação das decisões**. Jornal Jota. Publicado em 29 ago. 2016. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016#\\_ftn2](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016#_ftn2). Acesso em 08 jan. 2020.

<sup>348</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF**. Relatoria Min. Diva Malerbi. 1ª Seção. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 15.06.2016.

<sup>349</sup> BECKER, Rodrigo e TRIGUEIRO, Victor. **O STJ e a fundamentação das decisões**. Jornal Jota. Publicado em 29.09.2016. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016#\\_ftn2](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016#_ftn2). Acesso em 08 jan. 2020.

se contém o princípio do contraditório substancial.

Para além disso, está em contravenção ao regramento internacional trazido neste estudo, por razões que exploraremos mais pormenorizadamente na seção seguinte.

Becker e Trigueiro indicam, ainda, a incongruência entre a expressão legal “em tese” do artigo 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil<sup>350</sup> e sua inaplicação em concreto: tal expressão indica, justamente, que ainda que a conclusão judicial se sustente ao fim, face ao argumento, isso não a desonera de enfrentá-lo por meio de fundamentação.

Enfrentando outros pontos interessantes a respeito da fundamentação das decisões, prévios ao novo CPC, mas já posteriores à Constituição Federal, especificamente no caso de decisões interlocutórias, o autor Fabrício Antonio Soares faz cuidadosa análise do deferimento ou indeferimento de liminares “porque presentes ou ausentes os requisitos legais”, servindo esta fórmula genérica de fundamentação<sup>351</sup>.

Uma questão proeminente levantada por este autor é o malfadado posicionamento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual:

Somente a falta de fundamentação é que torna a sentença nula. A fundamentação má ou deficiente não pode acarretar a pretendida nulidade. E, ainda, o que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerente com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional<sup>352</sup>.

Tal raciocínio, ao reduzir falsamente a decisão a um simples silogismo do julgador (ignorando que se trata de uma atividade interpretativa complexa de prestação de justiça institucionalizada, conforme demonstramos nos capítulos anteriores), acaba por esvaziar o comando constitucional de qualquer efetividade.

A fundamentação deficiente, que monologa sobre o entendimento do juiz sem dialogar com as especificidades do caso concreto<sup>353</sup>, ou com o papel de outras

<sup>350</sup> Na regra, consta: “CPC, art. 489, §1º- Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, **em tese**, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;(...)” (destacamos)

<sup>351</sup> SOARES, Fabrício Antonio. A fundamentação deficiente das decisões interlocutórias (ou: presentes os pressupostos legais, indefiro a liminar). **Revista Direito**, v. 4, n. 7. Rio de Janeiro, 2000, p. 67-90.

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 221.781/RJ**. Publicado no Diário de Justiça em 03.03.2000. Relatoria Min. Néri da Silveira.

<sup>353</sup> Tarefa primordial do Judiciário, e nisso, sempre trazemos a já citada advertência de Arendt contra a abstração excessiva: ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979, p. 461-463.

instituições na construção do direito, nega a dignidade do jurisdicionado em todos os aspectos que a multidimensionalidade demonstrou estarem relacionados à fundamentação.

Nisso, como é evidente, não há diferença entre decisão não fundamentada e decisão com fundamentação insuficiente, deficiente, ou má fundamentação: todas merecem a sanção prescrita no artigo 93, IX, da Constituição<sup>354</sup> — que não é mera regra administrativa, mas garantia do cidadão contra o Estado<sup>355</sup>, de extrema importância não apenas para o indivíduo, mas para a própria estabilidade da democracia e da Justiça.

De forma bastante detalhada, e com importantes pontos de convergência com o raciocínio deste trabalho (como o tratamento em dimensões e a interação da fundamentação com outros direitos), Streck e Raatz<sup>356</sup> fazem um mapeamento recente e completo do debate em torno da fundamentação das decisões judiciais no Brasil. Os autores descrevem os principais acordos teóricos e relatam más práticas e versões fracas do direito à fundamentação, que têm sido propagadas na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Streck e Raatz, no trabalho em referência, identificam os principais pontos de vista doutrinários a respeito da fundamentação: 1) o de garantia contra o arbítrio do juiz; 2) o de garantia de imparcialidade; 3) o de controle de legalidade das decisões; 4) aquele ligado às possibilidades de impugnação; 5) aquele que a tem como parte da ideologia democrática de justiça; 6) o de controle endoprocessual e extraprocessual da decisão.

É consenso, assim, que a fundamentação das decisões judiciais se reveste de grande importância e valor materialmente constitucional: havendo uma particular relação com o contraditório, a publicidade, e o duplo grau, formando um sistema de

---

<sup>354</sup> CF, art. 93, inc. IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, **sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (destacamos)

<sup>355</sup> ALMEIDA, Flávio Renato Correa de. **Da fundamentação das decisões judiciais**. Revista de Processo, n. 67, p. 200, jul./set. 1992, apud. SOARES, Fabrício Antonio. **A fundamentação deficiente das decisões interlocutórias (ou: presentes os pressupostos legais, indefiro a liminar)**. Revista Direito, v. 4, n. 7. Rio de Janeiro, 2000, p. 67-90.: “O conteúdo da norma (do art. 93, inc. IX) é nitidamente uma garantia do cidadão, apesar de inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário, e que, *prima facie*, parece apenas uma determinação quase administrativa, destinada aos órgãos jurisdicionais. Assim não é”

<sup>356</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 15, p. 160, 2017.

garantias de distribuição de justiça, como fica claro da consideração desses pontos de vista em conjunto — perceba-se: perfeitamente aplicáveis às decisões administrativas.

Entretanto, os autores em referência observam e relatam as seguintes versões fracas que acontecem na doutrina e na jurisprudência no Brasil, e que, do ponto de vista dos autores, violam o Estado Democrático de Direito e o Constitucionalismo: 1) o mero ônus de justificar sem preocupação com conteúdo; 2) a diferenciação indevida, com consequências jurídicas erroneamente distintas, para fundamentações (i) ausentes, (ii) deficientes, ou (iii) mal fundamentadas; 3) a diferenciação indevida entre espécies de decisões, exigindo, por exemplo, fundamentação meramente “suficiente” para as sentenças e “completa” só para acórdãos<sup>357</sup>; 4) a reafirmada inexistência do dever do juiz de enfrentar os argumentos das partes.

Como exemplos de algumas dessas versões fracas do dever de fundamentar, ainda prevalentes na jurisprudência — e que oferecem a flexibilidade de serem utilizados genericamente como paradigma em qualquer situação, em socorro do julgador — colacionamos os seguintes entendimentos frequentemente citados:

Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes<sup>358</sup>.

E, mesmo após o Novo Código, com as positivas inovações e o tratamento expresso e minucioso da fundamentação e da não-fundamentação mencionado acima, de caráter marcadamente renovador, permanece imóvel a jurisprudência:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida<sup>359</sup> (EDcl no MS 21315/DF, rel. Desembargadora convocada Diva Malerbi, j. 08.06.2016).

Tais posicionamentos são inadmissíveis no nível de evolução democrática por

<sup>357</sup> Por causa do prequestionamento às cortes superiores — como se a fundamentação completa das decisões não tivesse valor por si só e como viabilização de uma miríade de outros direitos humanos nas três dimensões.

<sup>358</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.361.811/RS**. Rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 04.03.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300041949&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 17 jan. 2021.

<sup>359</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF**. Rel. Des. Diva Malerbi. Julgamento em 08.06.2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402570569&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 17 jan. 2021.

que o direito positivo passou, e contravém uma série de proteções à dignidade do jurisdicionado.

Como bem identificado por Streck e Raatz<sup>360</sup>, e em fina sintonia com a identificação do dever de motivar como contraposto a um direito humano à motivação, é fundamental ler a fundamentação à luz da sua historicidade — característica marcante de todos os direitos humanos. Ademais, fazendo um paralelo necessário entre fundamentação e contraditório, os autores concluem pela existência de uma dimensão positiva da fundamentação e outra negativa — outra característica marcante de direito humano.

Sendo afirmam, o contraditório possui uma dimensão positiva, que corresponde à possibilidade de influenciar efetivamente o provimento judicial; e uma negativa, que implica na vedação à decisão-surpresa ou de terceira via. Este último aspecto do contraditório recebeu tratamento específico no artigo 10 do Código de Processo Civil, em que pese haja um longo percurso de revisão dos costumes e práticas do processo brasileiro (não só civil, mas também, e mais urgentemente, o penal).

Fazemos um breve aparte para lembrar as considerações de Calamandrei a respeito da importância do costume no processo:

Assim, pode ocorrer que certos institutos que são escritos na lei, na prática se atrofiam e desaparecem, e vice-versa. Na prática, podem aparecer modos de proceder que a lei escrita não conhece. Na Itália meridional, de Roma para baixo, é frequente, nos tribunais e nas cortes, a discussão da causa “a portas fechadas”, enquanto, nos tribunais da Itália setentrional, a discussão, quando ocorre, sempre se dá em audiência, como prescreve o código (artigo 275).

Às vezes, a prática pode ir além. Pode, de forma insensível, transformar toda a orientação de uma reforma, e paralisar as intenções inovadoras com uma indiferente resistência, mais mortal que uma rebelião aberta<sup>361</sup>.

É exatamente o que ocorre no Brasil. No tema, sucessivas reformas legislativas foram e ainda são recebidas pelo Judiciário com “uma indiferente resistência, mais mortal que uma rebelião aberta”.

Assim, é imprescindível que haja uma reforma interpretativa, para ler as regras processuais de acordo com a Constituição — não apenas à sua letra fria, mas à

---

<sup>360</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 15, p. 160, 2017.

<sup>361</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.



Constituição viva, composta de todos os elementos identificados por Upendra Baxi:<sup>362</sup> (i) os fragmentos, escritos e silenciados, elementos de criação e destruição histórica, alegrias e angústias sociais; (ii) a interpretação, não meramente a doutrinária e jurisprudencial, mas também a cidadã, oriunda de todas as partes do debate público; e (iii) a ideologia, a filosofia e a estrutura subjacente ao texto.

Como adverte Calamandrei no trecho acima, reformas legislativas (que são importantes) não bastarão se a prática ameaça esvaziá-las, como o jurista afirma ter ocorrido historicamente numerosas vezes. Assim, é imprescindível que se cultive costumes democráticos, e que se desfaça costumes antidemocráticos, sobretudo numa sociedade como a brasileira, que conviveu com décadas de ditadura anteriores à constituição vigente.

Retornando à análise de Streck e Raatz<sup>363</sup> a respeito das dimensões do contraditório: a dimensão negativa, proibitiva de decisões-surpresa, implica numa dupla vedação: não se pode invocar fatos que não foram objeto de contraditório; nem normas jurídicas cuja aplicação não foi discutida no contraditório.

Há que haver contraditório nos fatos e no direito — porque houve a superação da noção rasa e superada de contraditório como mera vedação às decisões *inaudita altera pars* para ceder lugar à profundidade do contraditório como meio de participação política e caminho de construção política do raciocínio judicial-institucional.

Segundo os autores em referência, as obrigações do contraditório implicam uma resposta-garantia: a fundamentação completa das decisões. Só por meio da fundamentação completa é possível atender às exigências do contraditório, como é nítido. Entendimento contrário — e todas as versões fracas do dever de fundamentar identificadas por Streck e Raatz — violam o Estado Democrático de Direito e o Constitucionalismo, e, em última instância, violam a Constituição como texto social, conforme trouxemos de Upendra Baxi.<sup>364</sup>

Streck e Raatz<sup>365</sup> indicam, de forma que nós podemos relacionar com a fala de

---

<sup>362</sup> BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. NALSAR University of Law. Publicado em 17 fev. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo>. Acesso em 10 jan. 2021.

<sup>363</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 15, p. 160, 2017.

<sup>364</sup> BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. NALSAR University of Law. Publicado em 17.02.2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo>. Acesso em 10 jan. 2021.

<sup>365</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 15, p. 160, 2017.

Calamandrei acima, como brocardos jurídicos têm prevalecido: fórmulas vazias que se prestam como álibi à arbitrariedade judicial e viabilizam decisões solipsistas — isto é, que se justificam num monólogo, desvinculado de todo o resto: desconectado dos argumentos das partes, dos detalhes da argumentação nos precedentes, e da Constituição como texto social. O exemplo citado pelos autores, “*iura novit curia*” e o correlato “*da mihi factum dabo tibi ius*”, repetidos à exaustão na comunidade jurídica, é um dogma eficaz em contrariar em massa, pela via do mau costume e da prática antidemocrática da justiça, as inovações legislativas e constitucionais em matéria de fundamentação.

Da mesma forma, súmulas, súmulas vinculantes e precedentes, da mesma forma, têm recebido leitura (e aplicação) tão ensimesmada e rasa quanto as versões fracas da fundamentação das decisões permitem: prestando-se a justificar qualquer tipo de decisão, e incrementado de forma desbalanceada o poder das cortes superiores em prejuízo à análise do caso concreto, cada vez mais estandardizada.<sup>366</sup> Trazemos a constante lembrança das consequências de Arendt para padronização excessiva: o desaparecimento do ser humano em meio à burocracia<sup>367</sup>.

Conforme bem observam Streck e Raatz, o direito de ser ouvido — que já sabemos estar consagrado expressamente, nestas mesmas palavras, nos textos de tratados internacionais analisados no capítulo anterior — implica necessariamente o direito a uma resposta político-institucional, a cada argumento. Há uma união visível entre contraditório, devido processo, e fundamentação.

Outra problemática abordada por Streck e Raatz<sup>368</sup> que se relaciona diretamente com a fala de Calamandrei<sup>369</sup> é a injustificável separação que alguns teóricos fazem entre o momento de decisão e o momento de justificação: mau costume antidemocrático perpetuado entre a comunidade jurídica.

O juiz não decide antes de fundamentar; nem fundamenta de forma separada

---

<sup>366</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os 'precedentes no brasil' - fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, v. 226, p. 349-384, 2013.

<sup>367</sup> ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979, p. 461-463.

<sup>368</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. **O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 15, p. 160, 2017.

<sup>369</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

do decidir. O fundamento, enquanto procedimento legitimador de provimento,<sup>370</sup> enquanto forma limitada de exercício de um poder que não é do juiz, mas estatal, para a prestação do serviço público de distribuição de justiça concreta, é causa (e não explicação) da decisão<sup>371</sup>.

Ademais, Streck e Raatz observam importante fator que mencionamos anteriormente: a humanidade do juiz ou aplicador da lei.

Como ser humano, naturalmente parcial, dotado de preconceitos e crenças adquiridos ao longo da vida, o juiz necessita prestar contas de uma imparcialidade institucional. Isso é feito por meio da dissociação da ideia falsa de que a decisão é produto da consciência humana (e seus pré-juízos) do juiz.

Na realidade, a decisão é produto do Estado Democrático de Direito, e incumbe ao juiz, como servidor, prestar contas do embasamento da decisão em elementos reconhecidos pelo Direito. Fundamentar e decidir, assim, não são atividades isoladas, mas uma mesma atividade: a atividade de formar e emitir um provimento estatal por meio do procedimento.

Por fim, cabe a advertência dos autores em referência para o papel democrático dos precedentes: oferecer critérios de comparação detalhada entre casos concretos, buscando oferecer coerência e integridade à atividade jurisdicional (ou seja, avanços na construção de uma justiça institucionalizada). Isso passa necessariamente por extrair o “DNA” do precedente ou súmula: buscar seus elementos determinantes, nas entranhas do caso paradigma, e compará-lo com os detalhes do caso concreto posterior, em atividade analítica e trabalhosa — tal como ocorre na *common law*.

Segundo os autores o papel, antidemocrático, que os precedentes e súmulas têm desempenhado é o de fornecer álibi retórico para desonerar o juiz de fundamentar. Isso desequilibra o Poder Judiciário em favor da autoridade ilegítima das cortes superiores, e diminui a qualidade da decisão judicial em favor da quantidade ao afastá-la do caso concreto.

Nas Cortes Superiores, em contravenção ao dever de fundamentar (juridicamente, como é evidente), cada vez mais argumentos retóricos de moral, política ou pragmatismo são invocados. Neste particular, observamos a análise de

---

<sup>370</sup> GARCIA, Gabriela Schmitt. **Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea**. Revista Justiça do Direito. Volume 30, n. 2, p. 278-897, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>. Acesso em 2e dez. 2020. p. 287.

<sup>371</sup> SOARES, Fabrício Antonio. A fundamentação deficiente das decisões interlocutórias (ou: presentes os pressupostos legais, indefiro a liminar). **Revista Direito**, v. 4, n. 7. Rio de Janeiro, 2000, p. 67-90.

Mariquito<sup>372</sup>, e trazemos os exemplos de falas de ministros vistos em seu trabalho:

Min. Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data vênua de S. Exa. Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. Peço vênua ao Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa. Muito obrigado.<sup>373</sup>

A experiência nos mostrou justamente o contrário.

O “respeito” a que se refere o ministro (que em verdade chama-se legitimidade) se conquista por meio do aprofundamento do debate público e do diálogo com os argumentos — tarefa destinada a elevar a qualidade das decisões judiciais ao garantir o aprofundamento nas circunstâncias do caso concreto. A negativa de tutela jurisdicional, cada vez mais tolerada pelo judiciário, é a raiz da perda de sua legitimidade ou “respeito”.

A Constituição não elegeu ministros por considerá-los de valor mitologicamente superior ao dos humanos comuns. Ao contrário, elegeu humanos comuns (iguais em dignidade a não-ministros) para viabilizar a racionalização da prestação de um serviço público: o de tutela jurisdicional. Que tem um aspecto de eficiência quantitativa, ligado à duração razoável, mas contrabalançado pelo aspecto de eficiência qualitativa, ligado ao dever de fundamentar, tão desprezado numa sociedade que tem pressa, como

<sup>372</sup> MARIQUITO, Carla S. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu desprezo numa sociedade que tem pressa. *Revista eletrônica de direito processual*, v. VII, p. 147-180, 2011.

<sup>373</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319997/SC**. Voto do Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101540455&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acórdão publicado em 02.02.2004. Acesso em 15 jan. 2015.

observa Mariquito<sup>374</sup>.

Em última instância, há uma vida humana em juízo, e a vocação uniformizadora de jurisprudência das cortes superiores ainda deve contas ao caso concreto — a Constituição, afinal, não lhes assinalou o papel de decidir, originariamente, ou em recursos especial e extraordinário, “causas”; e não tem todo ser humano o direito humano a ter sua causa ouvida (e, evidentemente, respondida politicamente) pelo devido processo, estabelecido em tratado internacional? Portanto, a uniformização de jurisprudência, que é uma pretensão legítima, só se dá por dentro e por meio do caso concreto. E não por reflexões abstratas como o do exemplo seguinte trazido pela autora em referência:

Min. Luiz Fux: Agora, o segundo aspecto que gostaria de chamar a atenção, porque eu acho que é importante nós sopesarmos isso, porque *de lege ferenda*, o novo Código vai trazer a obrigatoriedade dos tribunais respeitarem a jurisprudência dos tribunais superiores. A grande causa da delonga e da duração irrazoável dos processos é exatamente o descumprimento pelos tribunais inferiores da jurisprudência dos tribunais superiores, fazendo com que o cidadão tenha que percorrer uma verdadeira *via crucis* para receber a resposta judicial, que o juiz - por dever de ofício - já sabe qual porque conhece a jurisprudência. Tem tanta presunção de legitimidade quanto tem as leis. Então, a jurisprudência dos tribunais superiores tem que ser respeitada pelo tribunais inferiores. O que fez aqui o Código? O Código criou o instrumento da repercussão geral. E a repercussão geral visa a fixação de uma tese jurídica de caráter nacional. Pois bem, uma vez fixada essa tese jurídica, o próprio Código diz que a repercussão geral é geradora de uma súmula. O que ocorre quando a parte descumpra uma súmula vinculante? Cabe reclamação. O que deve ocorrer quando a parte descumpra a decisão de mérito de uma repercussão geral decidida pelo Supremo? Uma reclamação. Acho que o cabimento da reclamação — muito ao contrário de minimizar a função do Supremo Tribunal Federal — vai prestigiar a sua jurisprudência. Quer dizer, aqui é apenas em caráter *obiter dictum*, porque a reclamação não deve ser conhecida. Agora, eu tenho dúvidas, peço vênias para ter dúvidas sobre essa posição de não admitir reclamação contra o descumprimento de uma decisão adotada em repercussão geral.

Min. Ellen Gracie: Ministro Luiz Fux, apenas a minha colocação, e adiantando uma fórmula de solução de outros casos futuros, vai no sentido de darmos efetividade à grande reforma que foi feita pela Emenda Constitucional nº 45. A partir daí nós temos o sistema Judiciário com essa noção de sistema reforçado. Se, conforme propõe Vossa Excelência, nós abirmos a porta da reclamação a toda e qualquer divergência, com relação à jurisprudência do Supremo, nós teremos um resultado contraproducente da Emenda Constitucional nº 45, porque, ao invés de termos, como tínhamos em 2007, cento e cinquenta mil processos perante uma Suprema Corte, nós teremos cento e cinquenta mil reclamações. Então, é esse o espírito da reforma: permitir que o Supremo não receba causas repetitivas, como seria o caso. A reforma de uma decisão teratológica — uma decisão que afronta a palavra do Supremo Tribunal Federal — pode ser feita e deve ser feita pelo tribunal de apelação correspondente. Então, em sendo da Justiça do Trabalho, será

<sup>374</sup> MARIQUITO, Carla S. **Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu desprezo numa sociedade que tem pressa.** Revista eletrônica de direito processual, v. VII, p. 147-180, 2011.

o Tribunal Regional do Trabalho, o Tribunal Regional Federal, o Tribunal de Justiça estadual que vai confrontar a decisão de primeiro grau com aquela posição que já assumiu o Supremo Tribunal. A partir da Emenda Constitucional nº 45, é o Supremo Tribunal Federal quem diz o que é o Direito no País. O Direito no País está interpretado pelo Supremo Tribunal de maneira definitiva<sup>375</sup>, que não admite reinterpretação pelas demais instâncias judiciais. Então, a menos que nós queiramos tornar totalmente contraproducente a Emenda nº 45, parece-me que esse tipo de solução se mostraria adequada, porque nem deixa sem correção, nem faz sobrecarregar novamente a Casa com um cem número de reclamações.<sup>376</sup>

A emblemática discussão revela como o pensamento por política, mascarado de pensamento por princípio<sup>377</sup>, tem permeado indevidamente o pensamento judicial. Percebe-se preocupações com o prestígio ou diminuição do Supremo Tribunal Federal; com o estoque de processos... Se faz considerações como se fosse verdade notória de realidades abstratas altamente complexas (no caso do estoque de processos, que certamente não pode ser reduzido à problemática em debate quanto ao cabimento de reclamações; ou ao descumprimento da jurisprudência;), que exigem debate político *extra* autos, por outras linguagens, e com outras instituições vocacionadas para tanto.

Em plenário, não há espaço para o complexo e necessariamente político e público debate, por outras linguagens que não a jurídica, de questões abstratas como as que lemos no trecho acima. Porque, como decorrência da realidade histórica — nacional e internacional — dos direitos humanos envolvidos, os holofotes do Judiciário, enquanto presta a tutela jurisdicional, devem estar voltados ao caso concreto e suas particularidades, às partes e seus procuradores. Somente por esse expediente se angaria o “prestígio” ao Tribunal.

Não há maior prestígio que um serviço bem feito; incorrer no déficit democrático de tratar questões de política em plenário apenas agrava o problema. Ao contrário, trata-se de trilhar o caminho do contraditório participativo para a construção de uma justiça democrática e eficaz.

A uniformização de jurisprudência é possível, e é salutar (como medida de

---

<sup>375</sup> Totalmente falso, justamente porque interpretar é necessário na aplicação a casos futuros, com conjuntos de circunstâncias que sequer existem. É um trabalho de reconstrução a ser feito pelo aplicador da lei, e que, claro, deve levar em conta a orientação fixada pelo Supremo — o que de jeito nenhum significa que não interprete. Muito ao contrário, interpreta a decisão do supremo ao aplicá-la. É atividade essencial à prestação da jurisdição.

<sup>376</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Reclamação nº 10.793/SP**. Rel. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, DJ 06/06/2011, p. 16 de 28. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1215183>. Acesso em 15 jan. 2021.

<sup>377</sup> Remetemos à classificação trazida anteriormente de: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Library of Congress. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-26.

isonomia, integridade e coerência), mas não pode jamais pretender se dar por meio de discussão geral e abstrata, sob pena de subverterem-se as instituições com violação a direitos humanos.

A uniformização ocorre dentro, e por meio, do julgamento fundamentado de casos concretos com suas particularidades — e quanto mais bem fundamentado, maior o respeito público e adesão pelas demais instâncias do Poder Judiciário, e maior segurança é oferecida à sociedade, tal como se dá nos países de tradição de *common law*, de onde o modelo foi importado.

A autoridade — o ranço autoritário da simples imposição de efeito vinculante por lei — não tem e nunca terá a possibilidade de impor o respeito em favor de uma decisão, ou de oferecer a tão sonhada previsibilidade à sociedade que tem pressa.

Isso justamente em razão de todas as possibilidades retóricas de se manobrar meros textos de ementas e súmulas, descontextualizados no processo ao desejo do intérprete. Há um déficit democrático grave na visão de prestação jurisdicional que segue em voga, e que apenas se soluciona redirecionando a atenção do Judiciário às particularidades dos casos concretos, tanto dos paradigmas quanto dos em julgamento.

Não há como prover soluções prontas para casos futuros (ou “fórmulas”, como se lê na fala da ministra acima<sup>378</sup>), e não é esse o papel dos precedentes.

A tentativa de proceder nesse sentido desloca nocivamente o debate jurídico para a linguagem política (essa sim, vocacionada à criação de normas gerais e abstratas), como a discussão transcrita exemplifica. Isso vem em prejuízo da humanidade do jurisdicionado, de seu direito de ver aplicada a normativa vigente, democraticamente construída por diálogos institucionais, e não a futura, construída conforme a consciência do juiz.

Os precedentes serão obedecidos no dia em que se cultivar a fundamentação completa das decisões — no dia em que os casos concretos e as vidas humanas singulares que vêm a juízo forem vistos em suas particularidades, e atendidos seguindo critérios rigorosos de contraditório participativo e fundamentação jurídica, interpretativa e institucional.

Enquanto julgar for visto como um raciocínio solitário do aplicador da lei — e

---

<sup>378</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Reclamação nº 10.793/SP**. Rel. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, DJ 06/06/2011, p. 16 de 28. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1215183> > Acesso em 15 jan. 2021.

não um raciocínio conjunto e institucional do Estado — o déficit democrático não será saldado, em violação constante a parâmetros internacionais de justiça.

### **3.2. Atendendo a exigências internas e externas de justiça procedimental**

Apesar de a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 terem dado tratamento textual suficiente ao atendimento da fundamentação completa das decisões, está claro dos dados reunidos acima que a prática, os costumes e a jurisprudência têm relativizado e reduzido a efetividade dessa importante normativa, e fazendo leitura rasa e descontextualizada de seu lugar entre os direitos humanos.

Buscamos, neste trabalho, oferecer essa recontextualização. Reconstruímos o processo de construção dos direitos humanos pela história. Tratamos de suas origens remotas no Período Axial, dos primeiros diplomas regulando o poder monárquico na Idade Média, de seus desdobramentos no Liberalismo e na Revolução Francesa, com o fenômeno da positivação, seguido de um momento de ruptura na Segunda Guerra Mundial, e da reafirmação internacional a partir de então.

Esclarecemos, contudo, que não se trata de uma versão definitiva da história — mas apenas de um consenso formado sob relações de poder, que dão aos direitos humanos um contorno eurocêntrico.

Apesar dessa constatação, os direitos humanos hoje são tidos por universais — não por natureza, mas por opção histórica e política no meio internacional, e pela ampla recepção em países fora do continente europeu, bem como influências culturais e valorativas vindas de todo o globo na atividade interpretativa. A dignidade é uma característica humana dada, e os direitos humanos são um construído histórico, político e jurídico, destinado a assegurar-lá contra abusos do poder que ocorreram historicamente.

Fizemos reflexões acerca do pensamento filosófico para o fundamento dos direitos humanos, examinando posições negacionistas, jusnaturalistas, positivistas, além das ideias de Dworkin e Arendt no tema. Esse caminho interpretativo é relevante na aplicação de normas de direitos humanos: interpretar é reconstruir. Identificamos e explicamos alguns princípios e características dos direitos humanos: historicidade, universalidade, caráter *jus cogens*, vedação ao retrocesso.

Munidos deste conjunto de informações, enfrentamos a ideia mal concebida de que os direitos humanos se separariam em dimensões, como grupos, ou como surgissem em blocos. A realidade científica que os dados nos apontam é outra: a de



uma indivisibilidade radical do conjunto dos direitos humanos; e a interação multidimensional entre os direitos humanos. O processo histórico, político e filosófico de construção dos direitos humanos é amplo e desconcentrado, e cada norma ou pensamento de importância, surgindo a seu tempo, afeta e ressignifica os demais.

Assim, apresentamos a ideia de multidimensionalidade como característica dos direitos humanos: tanto o bloco indivisível quanto cada norma dessa espécie possuem três aspectos, que passaram pelo processo histórico de construção e hoje estão consolidados: um aspecto civil-político; um aspecto social-econômico; e um aspecto difuso — cada um destes numa forma positiva, composta por deveres de agir, ou negativa, composta por deveres de se abster.

Trata-se assim, de eixos, aspectos, dimensões, e não simples agrupamentos como caixas estanques. Todos os direitos humanos pertencem às três dimensões, porque o todo indivisível depende das três dimensões. Muda a proeminência de cada dimensão num determinado direito: alguns têm aspectos mais proeminentes de primeira, segunda ou terceira dimensão, sem, contudo, descartar os aspectos menos aparentes, mas de igual importância.

Essa construção nos parece a única capaz de dar à ideia de gerações (posteriormente adaptada para dimensões) um significado compatível com o princípio da indivisibilidade, que é um consenso teórico, senão uma unanimidade.

Com esse conhecimento, enquadrámos a fundamentação das decisões em cada dimensão: mostrando que é garantia de imparcialidade, liberdade, propriedade, freio ao arbítrio estatal, escrutabilidade pública, condição para o direito ao recurso, meio de provimento de direitos e atingimento de justiça social institucionalizada, e de promoção de uma cultura democrática pelo mundo.

Mais importantemente, demonstramos que, do ponto de vista dos direitos humanos (que formam um todo indivisível), não há apenas a fundamentação das decisões judiciais, mas sim a fundamentação de qualquer provimento estatal: porque o procedimento, de que faz parte a fundamentação é um veículo de formação de provimentos estatais democráticos, e um importante impedimento ao arbítrio — procedimento que pode ser das mais variadas espécies: constituinte, legislativo, judicial, administrativo, regulamentar, disciplinar, voluntário, contencioso... mesmo atitudes concretas de servidores individuais seguem procedimento previamente estabelecido, posto que fazem uso de um poder e autoridade que não lhes pertencem,

mas ao Estado.

Descobrimos que para cada procedimento há uma linguagem constitucionalmente adequada: a de moral e justiça no Legislativo; e a jurídica no Executivo, mas acompanhada de critérios de conveniência e oportunidade onde a Lei lhe confere a prerrogativa discricionária. Observamos, contudo, que o Judiciário é o responsável por dar a última palavra concreta a um caso concreto, sem que esteja sujeito a nenhum controle democrático posterior — estando, portanto, estritamente vinculado à linguagem interpretativa do Direito, e nunca de moral, política ou justiça.

Nessa perspectiva, afirmamos que o Judiciário, mesmo nas cortes superiores que se encarregam de uniformizar a jurisprudência, sempre deve contas ao caso concreto: trata-se do direito que a vida humana em juízo possui de ser ouvida e obter uma resposta jurídica. A uniformização de jurisprudência deve se dar sempre por dentro e por meio do caso concreto e suas especificidades.

Explicitamos que esse dever se cumpre por meio do contraditório participativo: o direito de influenciar e construir o raciocínio judicial, na face positiva; e o direito de não ser surpreendido por elemento que não foi submetido ao contraditório, na face negativa.

Demonstramos como o paradigma autoritário da decisão como um produto consciência do juiz não se compatibiliza com o referencial teórico trazido nesta pesquisa.

Trouxemos, por fim, dados que comprovam que o Brasil não se coaduna com esses parâmetros de justiça procedimental que irradiam não só da Constituição, mas do compromisso internacional para com os direitos humanos em todas as suas dimensões, como medida de legitimidade estatal.

Resta, então, apenas uma pergunta: o que pode o Brasil fazer para se adaptar a tais exigências de justiça, que vêm do plano interno e do internacional?

A resposta parece estar na interpretação e aplicação de suas próprias normas, a começar pela Constituição. A regra do artigo 93, IX e X, da Constituição Federal necessita ser integrada ao rol de direitos fundamentais. Isso não só formalmente, mas culturalmente. A interpretação e aplicação da norma deve se dar segundo os mesmos princípios aplicáveis a todos os direitos fundamentais — historicidade, multidimensionalidade, unidade e indivisibilidade, vedação ao retrocesso.

Assim, de rigor que se passe a exigir dos aplicadores da Lei o ônus

argumentativo de se dirigirem a todos os pontos suscitados pelas partes — como decorrência histórico-política do uso do poder estatal. Esse dever abrange tanto os pontos de fato, quanto os de direito: o dever de enfrentar os argumentos, que a jurisprudência defensiva assentou não existir, na realidade científica existe, e necessita de (mais) afirmação política.

Não bastaram as importantes inovações do Código de Processo, que ainda necessita de uma interpretação constitucional e legal que se comunique adequadamente com todos os direitos humanos.

Da mesma forma, pela face negativa do contraditório, é imperioso que nenhuma decisão — nem mesmo as de ofício — tenha validade se trouxe para a fundamentação algum elemento, lógica ou argumento que não tenha sido objeto e produto do contraditório. Mais uma vez, estende-se esse dever a argumentos de fato e também de direito.

O mito de que o juiz “conhece o direito” e pode invocar normas não suscitadas pelas partes viola o contraditório participativo e estimula uma cultura antidemocrática que nega ao jurisdicionado o direito humano de ser ouvido.

Nessa esteira, todas as instâncias do Judiciário, especialmente as cortes superiores, devem se conscientizar da importância do padrão de eficiência qualitativa de suas fundamentações para sua legitimidade, “prestígio” ou “respeito”. Nenhuma quantidade de autoridade imposta por lei supre o déficit democrático de decidir sem assumir o dever considerar todas as especificidades de cada caso concreto. A atenção judicial deve ser devolvida ao caso concreto, pela lente do contraditório participativo.

A uniformização de jurisprudência pode e deve ocorrer, por dever de coerência (art. 926 do C.P.C.), mas por dentro e por meio do caso concreto, a que se deve contar. Nunca numa discussão geral e abstrata, que arremessa a justiça na arena política e viola direitos humanos dos jurisdicionados, com efeitos extremamente nocivos à sociedade.

Assim, tanto os precedentes, vinculantes ou não, quanto as súmulas, vinculantes ou não, devem ser interpretados e aplicados caso a caso, segundo as peculiaridades do caso concreto e em análise detalhada das circunstâncias caso paradigma, em atividade analítica profunda.

Os casos concretos necessitam ser decididos por meio de uma aplicação

interpretativa rigorosa do Direito.

Isso não significa que a decisão judicial deve se tornar um silogismo “boca da lei”. Longe disso. Significa que a decisão judicial é produto de atividade interpretativa. E há critérios para essa atividade. Uma boa, democrática interpretação é uma reconstrução: uma retomada de uma justiça institucional anterior, pré-estabelecida por meio de diálogos entre todos os atores do sistema democrático.

Falsa é a ideia de que o convencimento do juiz é “livre” e motivado, produto de sua consciência.

Essa errônea, embora popular, noção, necessita ser substituída por uma teoria da decisão que se comunique com o contraditório participativo. Neste paradigma, a decisão é produto do procedimento, e não da consciência: o juiz valora a prova e a argumentação jurídica segundo critérios interpretativos e institucionais, e não a partir da sua consciência individual. Como ser humano parcial, necessita oferecer garantias de imparcialidade institucional — sendo o enfrentamento interpretativo de todos os argumentos com critérios pré-estabelecidos uma garantia imprescindível.

A noção de que o Direito é o que o juiz diz que é, da mesma forma, é agudamente autoritária e equivocada: o Direito é produto de um diálogo de instituições que vai além da Corte Suprema e até mesmo da autoridade estatal.

Conforme ensina Upendra Baxi<sup>379</sup> Direito é texto, em fragmentos; é interpretação, judicial, sim, mas também parlamentar, administrativa e cidadã; e é ideologia, filosofia, subestrutura. O juiz, assim, necessita comunicar-se com esse sistema de diálogos institucionais — com atenção a seu papel nele, que é o de resolver casos concretos com o Direito pré-estabelecido, com critérios interpretativos pré-estabelecidos, despidendo-se dos preconceitos de sua consciência, por meio de um procedimento pré-estabelecido e, principalmente, com atenção a todos os argumentos, de fato e de direito, trazidos pelas vidas humanas sob encaminhados pelo Estado a seu serviço.

Não menos importante é a superação do tipo de decisão de que tratemos. Acórdão, sentença, interlocutória, despacho: todo ato de poder estatal está sujeito ao procedimento, de que é indissociável a necessidade de fundamentar por completo. A nulidade, já prescrita na Constituição, necessita ser efetivamente aplicada: não

---

<sup>379</sup> BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. NALSAR University of Law. Publicado em 17.fev.2017. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo> >. Acesso em 10 jan.2021.

apenas no caso das decisões grosseiramente não-fundamentadas. Deve alcançar também as sutilmente mal fundamentadas, fundamentadas insuficientemente ou deficientemente. Trata-se de imperativo do acesso à justiça, a parte tem direito a ter seus argumentos apreciados e respondidos pelo Estado.

É necessário que se integre culturalmente, na teoria e na prática a fundamentação de decisões administrativas e judiciais: pois não há, senão uma única fundamentação, que diz respeito a todo ato de poder estatal — o procedimento. O ato de poder estatal, provimento, que pode ser legislativo, administrativo, judicial, ou da prática de seus servidores, se legitima pelo procedimento.

Procedimento é uma sequência preparatória de um provimento: todas as dimensões da atuação estatal têm procedimentos, e há uma linguagem adequada para cada uma delas. O procedimento judicial é contraditório, e só admite a linguagem interpretativa jurídica (a linguagem do Direito), e nenhuma outra, porque se destina à solução final de casos concretos.

O procedimento administrativo, em tudo o que for vinculado à lei, observa esta mesma, rigorosa, linguagem. Nos atos em que a lei confere a prerrogativa discricionária, e somente na medida em que essa prerrogativa é conferida, cabem ponderações de conveniência e oportunidade.

Por fim, é no processo legislativo e constituinte que cabe a linguagem da moral e da justiça — bem como outras, da política, da técnica, da economia, da religião, todas destinadas a garantir o debate mais plural possível (cujo produto estará sujeito aos controles de constitucionalidade e convencionalidade).

A solução para o problema qualitativo das decisões judiciais e administrativas, assim, é cultural: está em retirar a fundamentação da ótica ensimesmada de simples norma administrativa, e mergulhá-la fundo num paradigma multidimensional de direitos humanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de pesquisa teve o propósito de oferecer uma nova perspectiva, baseada no direito internacional dos direitos humanos, para o direito à fundamentação das decisões judiciais e administrativas. O problema de pesquisa era: qual a relação entre fundamentação das decisões e direitos humanos? Tínhamos a hipótese de que a fundamentação das decisões deve ser direito humano, porque relaciona-se com os demais por meio de suas dimensões.

Três etapas metodológicas foram percorridas. Na primeira, foi reconstruída a teoria de direitos humanos histórica, jurídica e filosoficamente. Na segunda, aplicou-se esse conhecimento à fundamentação das decisões, demonstrando que é direito humano de relevância internacional. Na terceira, em nova etapa dedutiva, aplicou-se o descoberto na seção anterior para o fim prático de oferecer uma crítica à prática brasileira. O que este percurso nos ensinou?

As principais conclusões reunidas ao longo do trabalho são as seguintes. Os direitos humanos são um construído histórico, mas não meramente convencional, destinado à proteção jurídica da dignidade humana, internacionalmente. A fundamentação das decisões é importante direito humano, inter-relacionada com os demais através das três dimensões historicamente consolidadas. O Brasil, embora tenha legislação avançada, falha em lhe atribuir uma interpretação consistente com a importância histórica e política da fundamentação para a dignidade.

Cabe destacar algumas descobertas intermediárias interessantes. No percurso, ficou evidente o significado da multidimensionalidade como característica dos direitos humanos. Essa palavra designa que as três dimensões de direitos humanos não são grupos, mas aspectos coexistentes de um mesmo todo indivisível, e são sempre constatadas em cada direito humano, em maior ou menor quantidade, a depender do direito em estudo.

Outra descoberta relevante é a da raiz comum para a fundamentação das decisões judiciais e administrativas. Aqui, ficou claro que todos os atos de poder estatal exigem fundamentação completa. Isso se destina a aperfeiçoar o debate público, e oferecer garantias para os direitos humanos. Mas há uma linguagem constitucionalmente apropriada para cada instituição.

Ao Judiciário, como última palavra em casos concretos, não sujeita a controle posterior, cabe a linguagem estritamente jurídica, que dialogue com todos os

argumentos das partes, ponto a ponto, em todas as suas decisões. Não lhe cabe lançar mão de argumentos de moral, política ou justiça, mas aplicar o direito: ou seja, a justiça construída prévia e democraticamente por meio de diálogos institucionais. A pessoa em juízo tem direito à aplicação do direito, justiça institucionalizada, e não da justiça pessoal do julgador.

Quanto à parte prática da pesquisa, representada pelo terceiro capítulo, a solução final proposta é a de se promover uma reinterpretação cultural do direito à fundamentação no Brasil, que o coloque em sintonia com o restante do conjunto indivisível de direitos humanos. É imprescindível que se valorize o contraditório participativo, e que se desfaça dogmas e brocardos pouco refletidos, como o do livre convencimento e da decisão como produto da consciência. Na realidade, decidir é uma complexa atividade interpretativa com critérios pré-existentes, e a decisão é produto do contraditório, do debate público institucionalizado, não da consciência.

Por meio de uma reflexão crítica sobre os pontos trazidos neste trabalho, e uma reinterpretação da atividade jurisdicional à luz de todos os direitos humanos, pode-se alcançar um nível maior de atendimento a exigências internacionais de justiça procedimental.

Dessa forma, confirmou-se a hipótese segundo a qual a fundamentação das decisões é direito humano, porque se relaciona com outros direitos humanos por meio de suas dimensões.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel de. **O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

ACHPR. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. Disponível em: [https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul\\_charter.pdf](https://www.achpr.org/public/Document/file/English/banjul_charter.pdf) >. Acesso em 01 jun.2020.

AKE, Claude. **The African context of human rights**. In Africa Today. Vol. 34, nº1/2, Human Rights: The African Context. Indiana University Press, 1987.

ALMEIDA DALL'ACQUA, Sabrina Henrique. Aspectos éticos do dever de motivação das decisões judiciais. **Revista UNG-SER de Ciências Jurídicas e Sociais**. Volume 10, número 1, 2020. Páginas 15-24.

ALMEIDA DALL'ACQUA, Sabrina Henrique. **Não há juízo de necessidade em execução provisória**. Jornal JOTA. 27/02/2017. Publicação on-line. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-ha-juizo-de-necessidade-em-execucao-provisoria-27022017>. Acesso em 05 jul.2020.

ALMEIDA, Flávio Renato Correa de. Da fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, n. 67, p. 200, jul./set. 1992

ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de. **A fundamentação do direito: Kelsen, Hart, Kant**. Comunicação ao Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, 30 de maio de 2012, p. 22-44.

ALSTON, Philip, **International Human Rights in context – Law, Politics and Morals**. 2. ed., Oxford University Press, 2000.

ALVES, Ricardo Luiz. O estado totalitário contemporâneo: uma breve reflexão histórica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 655, 23 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6615>. Acesso em: 5 jul. 2020.

AMES, R. A. e MONTGOMERY, H. C. "The Influence of Rome on the American Constitution." **The Classical Journal**. Vol. 30, no. 1, 1934, pp. 19–27. JSTOR, < [www.jstor.org/stable/3290141](http://www.jstor.org/stable/3290141) >. Acesso em 03 jan. 2020.

ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New edition with added prefaces. San Diego, Harcourt Brace Jovanovich: 1979.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha**. 4. ed. Coleção Os Pensadores, vol. 2. Livro V. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 101.

BANDEIRA CARDOSO, Antonio Manoel. A Magna Carta — Conceituação e Antecedentes. **Revista Inf. Legisl**. Brasília. Ano 23, nº 91, jul./set. 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 1988.

BARBOSA, Juliana. **Juiz que desdenhou da Maria da Penha humilha mulheres em audiências**. Notícia veiculada no jornal Metrôpoles. Disponível em:



<https://www.metropoles.com/brasil/juiz-que-desdenhou-da-maria-da-penha-humilha-mulheres-em-audiencias-veja>. Publicação em 23 dez. 2020. Acesso em 26 dez.2020.

BARTLEY, Grant; CALLANAN, John e WARD, Andrew. **Immanuel Kant - Philosophy Now**. Canal Philosophy Overdose. Vídeo. Publicado em 25.11.2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=leMf3mQtRvo>. Acesso em 23 mar.2020.

BAXI, Upendra. **Constitutionalism and Identity**. Vídeo. NALSAR University of Law. Publicado em 17.02.2017. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=ju0-27KqZKo> >. Acesso em 10. Jan. 2021.

BECK, Luke. **The Constitutional Duty to Give Reasons for Judicial Decisions**. USNW Law Journal, v. 40, 2017. p. 927.

BECKER, Rodrigo e TRIGUEIRO, Victor. **O STJ e a fundamentação das decisões**. Jornal Jota. Publicado em 29 ago. 2016. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016#\\_ftn2](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/cpc-nos-tribunais-o-stj-e-fundamentacao-das-decisoes-29092016#_ftn2). Acesso em 08 jan. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Nelson Coutinho. Nova edição. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONEVAC, Daniel. **Kant's Ethics**. Canal Daniel Bonevac. Vídeo. Publicado em 11.11.2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ISkoG8oCjTY>. Acesso em 23 abr.2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Legislação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html). Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 26 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF**. Relatoria Min. Diva Malerbi. 1ª Seção. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 15.06.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315/DF**. Rel. Des. Diva Malerbi. Julgamento em 08.06.2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402570569&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 31997/SC**. Voto do Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101540455&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acórdão publicado em 02.02.2004. Acesso em 15 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.361.811/RS**. Rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 04.03.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&ermo=201300041949&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 17 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 791.292**. Questão de Ordem. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 23 jun. 2010. Repercussão geral – mérito. Diário de Justiça eletrônico nº 149, publicado em 13.08.2010. Precedente representativo da tese nº 339.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Reclamação nº 10.793/SP**. Rel. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, DJ 06/06/2011, p. 16 de 28. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1215183>. Acesso em 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 221.781/RJ**. Publicado no Diário de Justiça em 03.03.2000.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz; CALDAS, Pedro Neris Luiz. **Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos e vulnerabilidade no contexto do *big-data*, das *fake news* e das *shitstorms***. *Perspect. ciênc. inf.*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 196-220, junho, 2019. Disponível em < <https://doi.org/10.1590/1981-5344/3604> > Acesso em 23 dez. de 2020.

CALDAS, Saulo Henrique Silva. Direito penal do inimigo está baseado no totalitarismo. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/saulo-caldas-direito-penal-inimigo-baseado-totalitarismo>. Acesso em 05 jul.2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **“Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional.”** Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993, p. 223.

CARVALHO, Victor Hugo Linhares de. A usina de produção dos princípios sem normatividade (o pamprincipiologismo) e a mania (in)comum brasileira de corrigir o direito através da moral. **Jus Navigandi**, v. 3880. (NBR 6023:2002, 2014). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26704/>. Acesso em 05 dez. 2020.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Coleção A era da informação: economia, sociedade e cultura. 3ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTRO, Daniel Penteado. **Violação ao Princípio da Fundamentação e Coerência da Jurisprudência**. Coluna CPC na prática. *Jornal Migalhas*. Publicado em 18 out. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/cpc-na-pratica/289398/violacao-ao-principio-da-fundamentacao-e-coerencia-da-jurisprudencia>. Acesso em 07 jan. 2020.

CHRISTENTON, Gordon A. Using Human Rights Law to Inform Due Process and Equal Protection Analyses. *Faculty Articles and Other Publications*. Paper 164. **Cincinnati Law Review**, vol. 52. 1983. Disponível em < [https://scholarship.law.uc.edu/fac\\_pubs/164](https://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/164), acesso em 01 ago. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Judicial Review, reasons and technology: a glance at constitutionalism and democracy**. Frankfurt am Main: Goethe Universitat Paper Series n. 19, Series B, 2012.

COELHO, Cristiane. **O caráter científico da análise econômica do direito: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 2008, p. 53-100.

COLON-RÍOS, Joel I. **The Second Dimension of Democracy: The People and Their Constitution**. Victoria University of Wellington Legal Research Papers, paper n° 25, v. 1, n. 4, 2011, p. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 30 mar.2020.

DADICO, Claudia Maria. A garantia da imparcialidade do juiz e o crepúsculo dos heróis. **Revista Justificando**. Publicação em 17.06.2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/17/a-garantia-da-imparcialidade-do-juiz-e-o-crepusculo-dos-herois/>. Acesso em 23 jan.2020.

DIAS, Norton Maldonado, Crítica ao pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio acerca do surgimento dos direitos humanos em face aos tratados e convenções internacionais, 31 *International Law*, **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 59-80 (2016). <https://doi.org/10.11144/>. Acesso em 13 dez. 2020.

DONNELLY, Jack. **“Universal Human Rights in theory and practice”**. Ítaca e Londres: Cornell University Press, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History**. Vídeo. Library of Congress. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acesso em 19 abr.2020.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Library of Congress. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

ECHR. **European Convention on Human Rights**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acesso em 01 jun. 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni Di Diritto Processuale**. Quinta Edizione: Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1989 apud Gonçalves, 1992, p. 112.

FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Vol. 8, n. 2. Jul./dez. 2017, p. 260-274..

FRANÇA. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Website. < <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> >. Acesso em 02 nov.2020.

FRANCK, Thomas M. and FAIRLEY, H. Scott. Procedural Due Process in Human Rights Fact-Finding by International Agencies. **The American Journal of International Law**, Vol. 74, No. 2 (Apr., 1980), pp. 308-345. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2201504>. Acesso em 10 dez.2020.

GARCIA, Gabriela Schmitt. Contraditório, processo e democracia: pilares da justiça contemporânea. **Revista Justiça do Direito**. Volume 30, n. 2, p. 278-897, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.6048>. Acesso em 24 dez. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 07 jan. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O problema da justiça: totalitarismo, direito e a ascensão das democracias constitucionais. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Vol. 8, n. 2. jul./dez. 2017.

HOHFELD, Wesley N. **Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. Yale Law Journal. Volume 23, número 1. 1913, p. 28-59. Disponível em:<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol23/iss1/4>. Acesso em 15 abr. 2020.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; XAVIER, Gustavo Silva. Multidimensionalidade dos direitos fundamentais e sua influência no processo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. ISSN 1983-4225, v.13, n.1, jun. 2018, p. 81-98.

ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. University of California Press, 2008.

JASPERS, Karl. **Vom Ursprung und Ziei der Geschichte**. 8ª ed. Munique: Piper e Co. Verglax, 1983, p. 19-42.

JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, p. 55-68, 2008.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. **Critique of the power of judgement**. Translated by Paul Guyer and Eric Matthews. New York: Cambridge University Press, 2000.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Translation by Mary Gregor. Introduction by Christine M. Korsgaard. 11<sup>th</sup> printing. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KANT, Immanuel. **Practical philosophy**. Edição por Mary J. Gregor. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 17.

KANT, Immanuel. **Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas é inútil na prática**. Tradução de Artur Ferreira Pires Morão. Disponível em: [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_correcto\\_na\\_teorja.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_correcto_na_teorja.pdf). Acesso em 22 nov. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAWRENCE, Elwin. **“The contributions of the landed man to civil liberty.”** Chapter V: the struggle for the Magna Carta. David A. Wells Prize Essays. Number 1. William College. Cambridge: The Riverside Press, 1905.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21646/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>. Publicação em abril de 2012. Acesso em 24 dez. 2020.

MAER, Lucinda e GAY, Oonagh. **The Bill of Rights 1689**. House of Commons Library. SN/PC/0293. Last updated 5 October 2009, p. 2. Disponível em: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf>. Acesso em 02 nov. 2020.

MARIQUITO, Carla S. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu desprezo numa sociedade que tem pressa. **Revista eletrônica de direito processual**, v. VII, p. 147-180, 2011.

MARKS, Stephen P. From the “Single Confused Page” to the “Decalogue for Six Billion Persons”: The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**. vol. 20, no. 3. 1998, p.462. *JSTOR*, disponível em [www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777). Acesso em 03 jan. 2020.

MARKS, Stephen P. From the “Single Confused Page” to the “Decalogue for Six Billion Persons”: The Roots of the Universal Declaration of Human Rights in the French Revolution. **Human Rights Quarterly**. vol. 20, no. 3. 1998, p.462. *JSTOR*, disponível em: [www.jstor.org/stable/762777](http://www.jstor.org/stable/762777). Acesso em 03. jan.2020.

MASSINI CORREAS, Carlos. **Filosofía del derecho: la justicia**. 1. Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

METZ, Thadeus. **African values, human rights and group rights: a philosophical foundation for the Banjul Charter**. In African Legal Theory and Contemporary Problems. Edição de OcheOnazi. Coleção Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice. Volume 29. London: Springer, 2014.

MIRANDA, Filipe A. **A Fundamentação das Decisões Judiciais como Pressuposto do Estado Constitucional**. 1. ed. Brasília: IDP, 2014. v. 1. 230p.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. A motivação das decisões administrativas. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 67, ago. 2015. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Rafael\\_Moreira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Rafael_Moreira.html). Acesso em: 10 jan. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 24 mai. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, J. A de. Constituição e direitos humanos fundamentais — exigibilidade e proteção. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/brasil/integra.pdf>. Acesso em 22 fev. 2021.

OYAMA, Érico. **Juiz cita Lei de Abuso de Autoridade ao negar penhora e caso vai para corregedoria.** Notícia veiculada no jornal JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/juiz-cita-lei-de-abuso-de-autoridade-ao-negar-penhora-e-caso-vai-para-corregedoria-28112019>. Publicação em 28.11.2019. Acesso em 26 dez. 2020.

PEREIRA, Fábio Queiroz; CASELLA, Assima Farhat Jorge. **A escola do jusnaturalismo racionalista e seu contributo para a formação dos direitos humanos.** Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Volume 6, número 1. Juiz de Fora: Vianna Sapiens, 2015. Disponível em: <http://viannasapiens.com.br/revista/article/download/146/131/>. Acesso em 20 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** Prefácio de Henry Steiner e apresentação de Augusto Cançado Trindade. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XLI.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Giradi; MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 171-243.

QUINTANILHA, Flávia Renata. A concepção de justiça em Rawls. **Intuição: revista do PPG em Filosofia da PUCRS.** Vol. 3. Nº 1. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Prefácio de Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, Antônio Martinez de, e BIANCHET, Sandra Braga. **Dicionário do Latim Essencial.** 2ª ed. São Paulo: Autêntica, 2014.

ROSSI, Julio Cesar. ADBPRO#25: E tudo continua como Dantes no quartel de Abrantes. Revista Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-25-e-tudo-continua-como-dantes-no-quartel-de-abrantes>. Publicado em 21.03.2018. Acesso em 26 dez. 2020.

SARLET, I.W. **A Eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed., Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os 'precedentes no brasil' - fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, v. 226, p. 349-384, 2013.

SEN, Amartya Kumar. **Development as Freedom.** 4th reprinting. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

SERBENA, Cezar Antonio. **A Grécia pensando a si mesma: o significado jurídico-político da comédia de Aristófanes.** Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315

(impresso – até 2013) e 2236-7284 (eletrônico). DOI <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0>. V. 42, N. 0, 2005. Acesso em 22 nov. 2020.

SHAW, Malcom N. **International law**. 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

SOARES, Fabrício Antonio. A fundamentação deficiente das decisões interlocutórias (ou: presentes os pressupostos legais, indefiro a liminar). **Revista Direito**, v. 4, n. 7. Rio de Janeiro, 2000.

legais, indefiro a liminar). **Revista Direito**, v. 4, n. 7. Rio de Janeiro, 2000.

SÓFOCLES. **Antígone**. Tradução de João Baptista de Mello e Souza. Fonte digital. Digitalização do livro em papel Clássicos Jackson, Vol. XXII. Versão para eBook. 2005. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.com>.

SOUZA, Artur Cesar de. **A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil**. Editora RT, 2011.

STERCK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Número 52. Belo Horizonte, jan./jun. 2008, p. 127-162.

STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do direito. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em 24.jan. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 15, p. 160, 2017.

STRECK, Luiz Lenio. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Revista Direito UNIFACS (ISSN 1808-4435). Número 144. 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145/1583>. Acesso em 05 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Eletrônica NEJ**. Volume 15, número 1. ISSN Eletrônico 2175-0491. Jan.-abr. 2010

THOMSON, Mark A. **A Constitutional History of England**. Vol. IV. 1642-1801. Publicado em 1939, p. 175. Disponível em: <https://ia801602.us.archive.org/11/items/in.ernet.dli.2015.84395/2015.84395.A-Constitutional-History-Of-England-1642-1801.pdf>. Acesso em 02 nov.2020.

UNITED NATIONS. **The Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Publicado em 2002. Disponível em: [https://www.un.org/ruleoflaw/files/Bangalore\\_principles.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Bangalore_principles.pdf). Acesso em 23 dez. 2020.

VASAK, Karel. **“For the third generation of human rights: the rights of solidarity.”** Inaugural lecture, tenth study session, International Institute of Human Rights. July 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. **Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União**, ano I, número 4, jul./set. 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A gramática dos direitos humanos**. Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União, ano I, número 4, jul./set. 2002, p. 13-33.

WIEACKER, Franz. **Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna**. Trad. Fernandez Jordán. Madrid: Aguilar, 1957.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Positivismo Jurídico de Bobbio**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 23 mar. 2020.



## APÊNDICE — QUESTÕES LEVANTADAS

Este apêndice se destina ao diálogo com alguns pontos suscitados ao longo da construção deste trabalho.

Q: A fundamentação das decisões é direito ou garantia?

R: A fundamentação das decisões é direito e garantia. Funciona, por si só, como um bem humano, aumentando a esfera de liberdade individual do titular, sendo exigível e valiosa de forma independente, sendo, por isso, direito. Funciona como garantia de outros direitos com que se intersecciona, como a imparcialidade do juiz, o acesso à justiça, a legalidade, entre outros. Ajuda, ainda, a definir o conteúdo e o alcance de direitos com ênfase mais econômica, social e difusa por meio da ampliação do debate público. É difícil conceber um direito humano que não seja garantia de outro, tendo em vista a multidimensionalidade; e mais difícil ainda conceber uma garantia de direito humano que não seja, por si só, valiosa como direito.

Q: Por que há poucas referências a tratados internacionais, se o trabalho é de direito internacional?

R: O direito internacional é composto não só de tratados, mas de costumes e princípios. No caso específico dos direitos humanos isso é particularmente relevante: mais do que o texto, o que conta é o processo histórico de sua afirmação política internacional. Trouxemos as referências aos tratados pertinentes na seção 2.2, mas trata-se de fragmentos, cujo sentido só se extrai à luz dos dados históricos, filosóficos, e teórico-jurídicos que acompanham. Por essa razão, o esforço metodológico foi o de fornecer esses subsídios. Trata-se de trabalho interdisciplinar, que reúne direito internacional, história, filosofia do direito, direito constitucional, direito processual civil e direito processual penal.

Q: Qual a diferença entre superioridade normativa e vedação ao retrocesso?

R: É uma sutileza teórica. Com os dados reunidos neste trabalho, inferimos que a superioridade normativa (*jus cogens*) significa que as normas dessa qualidade são inderrogáveis, exceto por outras de *jus cogens* — porque se trata de interesse indisponível, de titularidade dos seres humanos, posto à salvo dos ventos do voluntarismo estatal, e afastado de interesses de governos. Prevalecem, portanto, sobre normas de caráter mais dispositivo. Já a vedação ao retrocesso significa que as alterações na disciplina de direitos humanos que ocorram historicamente devem avançar a proteção global da dignidade. Se uma alteração produz como resultado uma disciplina de direitos humanos que exponha os titulares a mais vulnerabilidades, em vez de oferecer proteção incrementada contra abusos do poder, essa alteração não será válida.

Q: Não há outras dimensões de direitos humanos além das três primeiras?

R: Pode haver. Porém o conteúdo das gerações que ultrapassam as três primeiras é controverso e varia de autor para autor. Isso é problemático, porque a historicidade exige que uma noção sobre direitos humanos tenha passado pelo processo histórico de afirmação política, necessitando de algum consenso global. Preferimos, assim, trabalhar sobre os consensos que existem: não só a própria historicidade, mas também o da unidade e indivisibilidade dos direitos humanos, e o das três primeiras dimensões já bem estabelecidas. Nada impede que venha a haver dimensões ulteriores, contanto seja observada essa historicidade.