

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O DESAFIO AO INTÉRPRETE SEGUNDO A DIALÉTICA DA HERMENÊUTICA PÓS-METAFÍSICA

Maurício Zanutelli¹

Maria Teresinha Pereira e Silva²

Resumo: O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 1946, decidiu pela criação da Comissão de Direitos Humanos, que deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas: a primeira foi saldada em 1948, com a aprovação da Declaração Universal; a segunda sagrou-se em 1966, com a aprovação de dois Pactos e, a terceira no intuito de criar mecanismos que assegurem o respeito universal desses direitos, ainda padece, no caso não só do Brasil. Passados mais de sessenta anos da Declaração Universal, a última fase ainda não foi proclamada: dispõe-se apenas de um protocolo facultativo, que, em lugar de avanços, causa perplexidade a alguns intérpretes, operadores mecanicistas, apegados à tradição clássica pronta e acabada. Nesse passo, merece relevo a filosofia hermenêutica, quando contribui para a compreensão desse elenco de direitos, segundo a dialética pós-metafísica, onde os Direitos Humanos evoluem do status de mera faculdade à condição de possibilidade, ao

¹ Graduado em Direito pela Unisinos-RS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Mestre em Direito Público pela Unisinos-RS. Máster en Argumentación Jurídica pela Universidad de Alicante-ES. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa-PT. Professor Titular dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito das Faculdades do Vale do Juruena, AJES-MT. Editor-Chefe da Jurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da AJES-MT.

² Doutorado em Ciências Humanas – Educação, pela PUC/RJ; Pós-doutorado pela Fordham University. Assessora pedagógica e de pesquisa jurídica da EMERJ (Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro).

desvelamento, à vida e o homem, passa de objeto a sujeito dos Direitos Humanos, em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, conclui-se que a Declaração Universal, bem como os Pactos propiciam fundamentos ao intérprete, possibilitando a significação de sentido da estrutura da compreensão, que impregnada de historicidade/faticidade desbrava um novo horizonte à aplicação dos Direitos Humanos no tempo, vendendo provisoriamente a lacuna da terceira etapa. Este é o foco de discussão do presente trabalho.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Declaração Universal. Filosofia Hermenêutica.

Summary: The Economic and Social Council of the United Nations, in 1946, decided by the creation of the Commission on Human Rights, which should operate in three stages: the first was started in 1948, with the adoption of the Universal Declaration; the second in 1966 with the approval of the two Covenants and the third planned in order to create mechanisms that ensure the universal respect for those rights. After more than sixty years since the Universal Declaration, the last phase has not yet been proclaimed: has only one optional Protocol, which, rather than advances, causes difficulties to some interpreters, mechanistic, operators attached to tradition. In this line of reflection, we make emphasis to hermeneutical philosophy, under the assumption that this perspective contributes substantially to the understanding of this cast of rights, according to the pós-metafísica dialectic, where human rights evolve from mere College status to the condition of possibility of human life, by considering man as a subject of human rights, in national and international scope. In this context, we concludes that Universal Declaration and the Covenants provide grounds to the interpreter, making sense of understanding, which impregnated with historicity/faticidade finds space for implemen-

tation of human rights.

Keywords: human rights. The Universal Declaration of Human Rights. Hermeneutic Philosophy.

Sumário: 1 Introdução; 2 A persistente relativização dos Direitos Humanos no contexto da sexagenária Declaração Universal; 3 A dialética hermenêutica pós-metafísica e a concretização dos Direitos Humanos: o compromisso ético do intérprete; 4 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO



Este estudo orienta-se à reflexão e reversão do posicionamento do intérprete do Direito, quando se trata de superar a concepção tradicional metafísica atinente aos Direitos Humanos, garantindo-os sem qualquer relativismo, no plano nacional e internacional.

O contexto do problema temático está vinculado às etapas e responsabilidades propostas em 1946 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas à Comissão de Direitos Humanos, visando à universalização desse elenco de direitos.

De pronto, cumpre recordar que concepções metafísicas tendem a considerar os Direitos Humanos como dependentes da vontade do legislador e/ou do Executivo. Nesse passo, o problema norteador do estudo repousa no fato de que, diante da lacuna quanto à proclamação da terceira etapa atribuída à Comissão de Direitos Humanos, não raro, o cidadão ainda é tratado como objeto de Direito Internacional ou como sujeito limitado, sob o argumento de que faltam mecanismos suficientemente robustos para sustentar as garantias da dignidade humana.

No propósito de avançar na análise do assunto, no pri-

meiro capítulo, confere-se ênfase à relevância do cumprimento das três etapas do trabalho da Comissão, sob a premissa de que a primeira e a segunda constituem pilares para a terceira que, mais do que uma Declaração Universal respeitada, mais do que Pactos e Convenções – requer concreta efetivação no plano nacional e internacional.

Para suprir esse vazio, convoca-se o intérprete, porquanto já há texto – e o sistema não é auto-aplicável. Com o amadurecimento necessário dos passados sessenta anos da Declaração Universal, adquire realce a missão de o intérprete/cidadão alargar horizontes à compreensão dos Direitos Humanos, atualizando-os no tempo, de maneira a incorporar novas complexidades que acompanham a trajetória da sociedade.

Nessa linha de pensamento, no segundo capítulo, elege-se a filosofia hermenêutica como matriz privilegiada a problematizar a temporalidade ao Direito. Ela insta o intérprete a situar-se na estrutura de compreensão, no intento de retratar as coisas mesmas(e não as mesmas coisas), trazendo a lume a experiência para contemplar-se no movimento circular que abre espaço à superação das metafísicas (clássica e moderna).

Nesse movimento, a linguagem faz-se condição de possibilidade, pelo acesso ao des-velamento, que favorece a superação da objetificação dualística (metafísica) *na* e *pela* linguagem.

A esse respeito, é premente questionar o entendimento de que, a partir da noção de *faculdade*, sugerida pela Comissão no Protocolo, a compreensão deve restringir-se aos ditames já estabelecidos pela tradição, firmando uma classe de Direitos Humanos cuja garantia é meramente facultativa, pela lacuna da terceira etapa. Como evidente, trata-se de paradigma esgotado, pelo des-velar da independência dos direitos humanos e da autonomia da pessoa humana.

Conquanto o Protocolo faça alusão a dimensão apenas facultativa, por uma questão de estrutura, não se pode aplicar

tal conotação aos humanos dele dependentes.

Repousa nesse ponto a importância da hermenêutica, particularmente por prestar-se à compreensão do texto declarado, com o qual mantém permanente diálogo, sempre à luz das complexidades do contexto, em sua dimensão de universalidade, como se demonstrará ao longo deste estudo.

2 A PERSISTENTE RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA SEXAGENÁRIA DECLARAÇÃO UNIVERSAL

Quando se reflete sobre o tema, de pronto, emerge o reconhecimento de que, no pós-guerra, os avanços quanto aos Direitos Humanos representam valiosas conquistas.

Cumprе lembrar que a Segunda Guerra Mundial (1939/1945), via de regra, apresentada como falta de solução às questões suscitadas pela Primeira (1914/1918), deixou um saldo de sessenta milhões de mortos, a maior parte constituída por civis, o que alcança a trágica cifra seis vezes mais elevada do que na Primeira, em que quase a totalidade das vítimas foi composta de militares.

A grave afronta aos povos marcados pelo surgimento dos estados totalitários fez (re)nascer a consciência da necessidade de respeito aos Direitos Humanos, o que deu origem à Organização das Nações Unidas, ONU.³

Com efeito, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em sessão de 16 de fevereiro de 1946, deliberou pela

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 213. Refere ainda o autor: a Primeira Guerra Mundial apesar da maior capacidade de destruição dos meios empregados (tanques/aviões), os Estados procuravam alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar os povos inimigos – provocou cerca de 4 milhões de refugiados. A Segunda Guerra Mundial projetada na subjugação de povos considerados inferiores, o que se agrava com a bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki em 1945, ou seja, o homem acaba de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra. p. 213-214.

criação de uma Comissão de Direitos Humanos, em atenção ao previsto no artigo 68 da sua Carta. Por meio das Resoluções 5.1 (16 de fevereiro de 1946) e 9.2 (21 de junho de 1946), o Conselho aprovou o Estatuto da Comissão, estabelecendo que seus trabalhos seriam realizados em três etapas.⁴

Em 18 de junho de 1948, o projeto de Declaração Universal dos Direitos Humanos, retomou o ideário da Revolução Francesa, manifestando historicamente, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos de igualdade, de liberdade e de fraternidade (art. I). Em suas notas introdutórias, deixou claro que a transformação desses ideais em direito efetivo se daria de forma progressiva, tanto no plano nacional, como internacional. Consignou igualmente que a educação em Direitos Humanos há de ser um sistemático esforço de cada Estado.^{5 6}

A primeira etapa, que compreendeu a elaboração de uma Declaração de Direitos Humanos restou completada em 10 de dezembro de 1948, com a aprovação do projeto pela Comissão de Direitos Humanos.

Apesar de alguns intérpretes defenderem que a Declaração Universal não detém força vinculante perante os Estados, eis que constitui recomendação da Assembleia Geral aos seus

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 217.

⁵ Ressalta Comparato que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe em seu preâmbulo, foi regida pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética, dos abusos das potências ocidentais – contando a votação com abstenções de países comunistas: União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul. In: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 226.

⁶ Salienta-se também que “la lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona es una constante del devenir histórico, desde el tímido reconocimiento de los derechos de los índios en la época de la Conquista hasta la Revolución Francesa” In: ISA, Felipe Gómez. La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones em torno a su génesis y a su contenido. In: *La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario: Um estúdio interdisciplinar*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 17.

membros, este entendimento há de ser superado. É pertinente sublinhar que a vigência dos Direitos Humanos independente de inclusão expressa de seus preceitos no plano interno, uma vez que se trata de matéria atinente ao respeito à dignidade da pessoa humana, o que a reveste de exigência contra os poderes oficiais, de Estado ou não⁷.

Essa inferência encontra respaldo na análise de Felipe Gomes Isa, entre muitos outros pensadores do Direito, ao sustentar que “(...) comenzaban a surgir límites a la soberanía absoluta de los Estados”⁸.

A segunda etapa proposta pela aludida Comissão exigia a elaboração de um documento (um tratado, uma convenção internacional) com maior alcance de vinculação entre os Estados, de maneira a expressar compromisso que refletisse efeitos inclusive na esfera judicial, foi concluída em 1966, com a aprovação de dois Pactos: um sobre direitos civis e políticos e outro alusivo a direitos econômicos, sociais e culturais.

Tanto o direito internacional, como a Declaração Universal relacionam-se dialeticamente com os costumes e os princípios gerais de direito, seja mediante teor do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, seja por representarem normas imperativas de direitos internacionais gerais⁹. Desde

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227. Prossegue o autor asseverando que por esta razão a Comissão de Direitos Humanos concebeu a adoção de um pacto internacional – concepção que peca por excesso de formalidade. Ainda, a doutrina, nesse contexto, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, pelo consagração estatal através de normas escritas – prestando-se a mesma distinção no âmbito do direito internacional. p. 227.

⁸ ISA, Felipe Gómez. *La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido*. In: *La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario: Um estúdio interdisciplinar*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 19.

⁹ Nesse sentido um julgado da Corte Internacional de Justiça (24 maio de 1980), em um caso de reféns norte-americanos em Teerã – a Corte asseverou que a privação indevidamente de seres humanos de sua liberdade e seu sofrimento fazia-se incompatível “com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”; in: COMPA-

então, o indivíduo deixou de ser objeto do Direito Internacional, eis que se transformou em sujeito, com todas as implicações.¹⁰

Para cumprir a terceira etapa, a Comissão de Direitos Humanos deve criar uma estrutura de controle do respeito aos Direitos Humanos, que assegure suas garantias e tratamento adequado às violações. Urge, portanto, estabelecer mecanismos capazes de garantir a universalidade desses direitos (internacionalização)¹¹, em salvaguarda à pessoa humana.

Transcorridos sessenta anos de Declaração Universal, aguarda-se ainda, a proclamação e cumprimento desta etapa. Em 20 de dezembro de 1993, a Assembléia Geral das Nações Unidas - através da Resolução 48/181, instituiu o posto de Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, com a missão de promover e fazer respeitar os direitos humanos, em âmbito internacional. Além dessa iniciativa, a Comissão de Direitos Humanos foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, criado em 15 de março de 2006, pela Assembleia. Porém, a terceira etapa permanece inconclusa...

Na análise de Comparato¹², “por enquanto, o que se conseguiu foi instituir um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de um Protocolo facultativo, anexo aos Pactos sobre direitos civis e

RATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227-228.

¹⁰ ISA, Felipe Gómez. La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones em torno a su génesis y a su contenido. In: *La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario: Um estúdio interdisciplinar*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 18.

¹¹ “A internacionalização do Direito (...), não é uma categoria jurídica como o Direito Internacional, mas um movimento que os transforma, um e outro, um pelo outro, criando uma espécie de tensão entre o relativo e o universal. (...) contudo o quadro revela fragilidades: conceitos vagos, normas não efetivas e valores em conflito”. M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: *Lettre Du Collège de France*, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 226.

políticos”.

Por certo, essa medida ainda resta afastada do que se faz necessário à garantia da efetividade dos direitos humanos, no âmbito nacional e internacional. Prova disso, são as denúncias quase diuturnas de gravíssimas agressões aos mais elementares desses direitos, a começar pelo respeito à vida e seus desdobramentos...

Como requisitos preliminares à implementação de mecanismos de combate a esses crimes, precisa-se, desde logo, de um novo posicionamento dos intérpretes na análise dos casos postos a exame. Explicitamente, faz-se urgente enfrentar o magno desafio de concretizar a (re)educação na área dos Direitos Humanos, a começar pela reflexão sobre problemas do cotidiano; ou seja, o des-velamento ontológico por parte dos intérpretes.

Assim procedendo, abre-se espaço à promoção de um processo ético, com o reconhecimento da igualdade essencial a todo o ser humano em sua dignidade, fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição – art. II.^{13 14 15}

Em outras palavras, o dogmatismo não pode resultar na cronicidade da objetificação do ser humano. Nessa vertente de análise, se há apenas um protocolo facultativo que não tem o condão de vinculação, sendo apenas uma sugestão – esta de-

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 228.

¹⁴ Esta culminância de um processo ético justifica-se, pois, os Direitos Humanos, em sua fundamentação, não são encontrados nas leis e sim reconhecidos aos seres humanos pelo caráter moral. Ver In: DONNELLY, Jack. *Uniserial human rights in theory and practice*. 2.ed. New York: Cornell University, 2003, p. 01.

¹⁵ Refere Demas-Marty que a sua caminhada foi de avançar “não da ética ao direito, mas do direito à ética, partindo dos dispositivos jurídicos que postulam valores comuns”. Assevera, ainda, que o objetivo é a harmonia, de maneira positiva, à promoção de valores, ou de modo negativo, sobre as principais proibições. In: M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: *Lettre Du Collège de France*, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

pendará do plano interno para atravessar o status de *faculdade* e passar à efetivação. Aliás, como ficam os direitos humanos, naqueles Estados que deixaram lacunas na regulamentação do assunto? Trata-se de algo que a metafísica clássica não consegue superar por falta de dispositivos legais, por não haver, na Declaração, expressa determinação de estrita obediência... O problema se agrava, quando se constata haver, na tradição dogmática, a ‘verdade absoluta’ disciplinando que os Direitos Humanos ‘depende’ ‘da vontade do Estado...

Na vertente da filosofia da consciência, a subjetividade não supera a questão em tela, por não reconhecer a universalidade, pecando, ao proporcionar uma categoria de ‘Direitos Humanos’ *dos operadores*, quando cada qual decide o que quer – pouco importando, em um pós-metafísico, ‘o que tu achas sobre?’, já que não existe hermenêutica sem dogmática. Não se pode negar a provisoriedade das compreensões, o que impede utilizar a hermenêutica para eternizar o dogmatismo.

A internacionalização dos Direitos Humanos não é totalmente independente dos Estados; mas traz implícitos meios de reequilíbrio, tanto que os atores não se limitam aos poderes de Estado. Dessa forma, um aspecto a ser considerado é a autonomia das organizações internacionais, regionais ou mundiais – e dos atores não estatais.¹⁶

Em outras palavras, pouco sensível aos direitos transnacionais e supranacionais¹⁷, não raro, por contrariedade a suas convicções dogmáticas, no nosso ordenamento jurídico (ainda metafísico), onde as verdades são tratadas como prontas,

¹⁶ M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: Lettre Du Collège de France, n° 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

¹⁷ “Ao lado do Direito Internacional, entre Estados-Nação, desenvolve-se atualmente, um direito transnacional: as empresas criam seu próprio direito através do direito e das cláusulas de arbitramento. Do outro lado, emerge também um direito supranacional: o órgão de apelação da OMC, as Cortes de Direitos do Homem ou a Corte Penal Internacional, situam-se acima dos Estados. Mas a evolução é descontínua”. In: M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: Lettre Du Collège de France, n° 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

aguardando apenas e tão-só o próximo caso concreto.

Nessa linha de reflexão, imaginando-se o desrespeito aos Direitos Humanos de um Estado – com fundamento na verdade absoluta da concepção analítica - como se respeitaria a dignidade da pessoa, na falta de uma lei (posta) dizendo o contrário? Então, pode-se aceitar que os Direitos Humanos seriam mera retórica? Ou ainda, nos moldes da metafísica moderna, como proceder, quando a decisão de um juiz uma Câmara/Turma não reconheça tal efetividade?

Nesse contexto, é quase impossível encontrar resposta e conquistar a universal garantia dos Direitos Humanos.¹⁸ A consequência lógica da operação mecânica em que se atribui ao jurista nada mais do que encontrar o próximo caso concreto e aplicar o já existente é apenas tangenciar a problematização do problema em análise.

Assim procedendo, busca-se o caminho mais fácil e não o do dever ético de justiça, aplicando-se suposta democracia pronta, sem qualquer preocupação com a abertura hermenêutica. Nesse caminho que parece interminável, a efetivação dos novos rumos dos Direitos Humanos sobrevive pelos ocultamentos, mesmo despercebidos.

Isso é que se critica e busca superar...

Em sentido contrário, é premente o fundamento a todo o universo (ético), como fonte de todos os valores – que deverá alicerçar a análise das novas questões ético-jurídicas, suscita-

¹⁸ Mireille Delmas-Marty assevera que ao se tratar de valores em caráter de universalização, a princípio, pode-se ficar sem resposta. Ao estudar a China, como os de Léon Vandermeerch – *Ritualisme et juridisme*, In: *Etudes sinologiques*, PUF, 1994, p. 209-220, ou, analisar o filósofo chinês Li Xiaoping – *Lésprit du droit chinois: perspectives comparatives*, RIDC, 1997, p. 07-35 – comparado a cultura ocidental, esses autores sublinham que a montagem institucional das relações sociais passa por uma formalização totalmente diferente. Como se não bastasse este critério, pode-se ficar sem resposta também se considerarmos os Direitos Humanos como direitos supra-legislativos, o que permitiria censurar uma lei, pelo controle de constitucionalidade – pois, a minoria de países, dentre eles a maior parte ocidentais, aceitam este duplo controle. In: M. DELMAS-MARTY. *Degravação de aula ministrada no Collège de France*, em data de 18/03/08. Tradução livre.

das pelo progresso técnico-científico¹⁹, entre outras transformações da vida contemporânea.

Nesse sentido, reitera-se que a fundamentação dos Direitos Humanos não pode restar estabelecida de maneira absoluta no campo jurídico, pois precisa ajustar-se às exigências indispensáveis fomentadoras desses valores, reconhecendo-os e transpondo-os à efetividade, e, não criá-los, porquanto ser de uma ordem moral.²⁰

Destarte, é cediço sublinhar que o jurídico reconhece os Direitos Humanos, mas não os cria... Além disso, não se pode ignorar que o intérprete pode desfrutar de matriz privilegiada de ampliação de horizontes, enriquecendo sua estrutura de compreensão e exame crítico de seus pré-juízos, quando aberto à filosofia hermenêutica.

Hoje, passados sessenta anos da Declaração, após enriquecer consideravelmente, e, também obscurecer²¹ - seu processo gestacional de elaboração transforma-se em desafio a internacionalização dos Direitos Humanos²².

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231. Com base nos dispositivos de 1948 (Declaração) – que consagraram as liberdades individuais clássicas e reconheceram poderes políticos (art. XXI) as Nações Unidas adotaram três convenções internacionais: a) Regular direito político das mulheres e igualdade entre sexos, em 20 de dezembro de 1952; b) Consentimento para o casamento, com idade mínima, e, seu registro (art. XVI), em 7 novembro de 1962 – promulgado BR Dec. nº 66.605 / 1970; e, c) Eliminação de todas as formas de discriminação racial, em 21 dezembro, 1965 – promulgado no BR Dec. nº 65.810 / 1969. p. 232.

²⁰ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1984, p. 82-106.

²¹ Mireille Delmas-Marty esclarece que o enriquecimento dos Direitos Humanos, em uma análise aos sessenta nos de Declaração – é evidência, pela multiplicação das fontes jurídicas, nacionais e internacionais, regionais e mundiais – pelos textos de conteúdos diversificados, tanto gerais como específicos (direito das crianças, por exemplo), ou, ainda, certas práticas mais sensíveis, como por exemplo a luta contra a tortura. E, obscureceram, pelo surgimento de dificuldades de aplicação. In: M. DELMAS-MARTY. Degrauação de aula ministrada no Collège de France, em data de 18/03/08. Tradução livre.

²² A internacionalização do Direito, compõe-se de dois fatores – o universalismo dos valores e a globalização econômica. De um lado, o direito à mundialização favore-

É premente estar alerta para o fato de que “as jurisdições nacionais e internacionais que doravante são competentes para interpretar os textos de Direitos Humanos, descubrem não só os conflitos potenciais entre eles, mas também o conflito entre diferentes escolhas políticas e culturais subjacentes”.²³

No plano interno, por exemplo, é crucial des-velar o conteúdo textual, mediante pré-compreensão investigativa autêntica, prenunciadora de um vir-à-fala hermenêutico, sendo a linguagem prestadora de condição afirmativa à possibilidade – pelo intérprete. Veja-se a diferença de perspectivas (metafísico e pós-metafísico), pelo já denunciado até aqui – reforçando-se, por si só, a crítica ao dogmatismo, por seu olhar engessador aos Direitos Humanos, pouco se importando com a complexidade resultante da evolução da sociedade nos sessenta anos transcorridos desde a proclamação da Declaração... A resposta da hermenêutica a tudo isso é por um novo sentido compreendido.

Nessa vertente, situa-se a missão de efetivação aos Direitos Humanos²⁴ (terceira etapa) e o reconhecimento dos indivíduos como entes morais, antes de serem cidadãos de um Estado. Os direitos universais existem e, conquanto ratificados, independem da vontade estatal.²⁵ Com efeito, “el texto de la

cendo as trocas econômicas e, de outro, uma mundialização do direito, vista como uma harmonia em torno de valores comuns. Para Delmas-Marty, é possível uma sinergia, muito embora isso seja dificultado, pois é muito difícil perceber que as organizações comerciais, econômicas e financeiras não garantem o respeito aos direitos fundamentais e que o universalismo dos valores pode ser imposto de maneira hegemônica. M. DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: *Lettre Du Collège de France*, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

²³ Mireille Delmas-Marty M, DELMAS-MARTY. Degravação de aula ministrada no Collège de France, em data de 18/03/08. Tradução livre.

²⁴ Mireille Delmas-Marty disciplina-nos que apesar de os Direitos Humanos constarem inscritas em Constituições internas (jurisdição aparente), ele sofre a interface, ou seja, uma subversão a ordem estabelecida, seria uma resistência ao direito dos Direitos Humanos – corrente inclusive no Ocidente, pela política securitária implementada depois de 11 de setembro, na contínua luta ao terrorismo dito global. In: M. DELMAS-MARTY. Degravação de aula ministrada no Collège de France, em data de 18/03/08. Tradução livre.

²⁵ A exemplo refere Barreto, a Declaração dos Direitos do Homem no final do sécu-

Declaración revela um resurgir de la tesis de que hay principios fundamentales, por encima de las discrepancias ideológicas, a los cuales deben orientarse los ordenamientos jurídico positivos de cada Estado²⁶

Mas, na prática, além dos fundamentos encontrados na Declaração e na Constituição, depende-se, do intérprete... E mais desafiador ainda, depende-se da suspensão dos seus pré-juízos; ou seja, precisa-se de uma estrutura compreensiva que situe os Direitos Humanos no tempo – extrapolando o puro normativismo e as metafísicas – porque quem lhe presta efetividade, em primeiro passo, é o intérprete. Como cediço, os pré-juízos tendem a projetar-se no caso concreto, pela circularidade de sua estrutura de compreensão.

Nesse processo, o texto tem fundamental importância ao vir-à-fala, mas não fala por si... A partir das pré-compreensões fundantes do intérprete ao *estado de coisas* – este, ou des-

lo XVIII (Declaração da Independência dos Estados Unidos, de 1776, e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, 1948. In: BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.(p. 253). Também, à elucidação Lobo de Souza reporta-nos ao raciocínio de que quando “um Tribunal nacional deixa de observar uma obrigação convencional de direitos humanos para dar prioridade a uma disposição de direito interno antagônico (seja de nível constitucional ou infraconstitucional) que de fato está em vigor, automaticamente pode-se inferir que o Estado não cumpriu com a sua obrigação adicional de adequar sua legislação interna.” In: SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; DA ROS, Patrícia Lucca. A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Ato do Judiciário. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 61.

²⁶ PICADO SOTELO DE OREAMUNO, Sonia. La Declaración Universal; In: *Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas* p. 27. Cf: ISA, Felipe Gómez. La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones em torno a su génesis y a su contenido. In: *La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario*: Um estúdio interdisciplinar. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999. p. 47.

velará horizontes, ou operará o posto pela tradição, como pronto e acabado. Assim procedendo, perde a oportunidade de abrir-se à investigação acerca do acontecer dos Direitos Humanos...

A terceira etapa, que abarca a superação de da perspectiva dos Direitos Humanos como simples faculdade representa dimensão significativa ao papel do intérprete no que concerne à concretização. A existência do texto (Declaração Universal) é de extrema relevância à hermenêutica, embora não seja condição suficiente, eis que, por si, não tem o condão de promover a diferenciação ontológica do *ser* do *ente*, que não se des-vela sozinho – porquanto não substitui a atribuição do sentido, momento operante da hermenêutica, do intérprete, da compreensão, da *applicatio*, dos Direitos Humanos.

Nessa vertente de análise, o *ser* ocultado seria qualquer (in)efetividade de Direitos Humanos – justificada pela aplicação facultativa (não investigadora), que perde o potencial de fusão de horizontes, tampouco de suspensão de pré-juízos. Por conseguinte, leva-se a efeito uma aplicação objetificável, presa ainda aos dualismos metafísicos, porta vozes da retórica dos Direitos Humanos, calcados na dogmática jurídica. Esse posicionamento encontra justificativa em um Protocolo também facultativo, vez que, onde não há aplicação obrigatória, poderá também ser dispensado o controle; logo, tudo depende da vontade da política?²⁷

Para que se alcance perspectiva mais justa de compreen-

²⁷ E os poderes públicos? Entre a Comissão Européia e o Conselho composto pelos Estados, permanece o frágil Poder Executivo – na Europa. Tratando-se de Legislativo, ressalta-se a conquista de certa autonomia pelo Parlamento Europeu, mas não se prospera no plano internacional, sendo as convenções negociadas pelos Governos dos Estados. Em todos os lugares presencia-se um poder de juízes aumentado. (...) “no entanto, os operadores econômicos são de longe os mais poderosos, quando se trata de produção de normas e de sua aplicação.” In: M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: Lettre Du Collège de France, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

são, a filosofia hermenêutica/hermenêutica filosófica²⁸, como matriz privilegiada e desbravadora, em sua circularidade interpretativa, propõe-se ao novo posicionamento do intérprete à *applicatio*²⁹.

3 A DIALÉTICA HERMENÊUTICA PÓS-METAFÍSICA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O COMPROMISSO ÉTICO DO INTÉRPRETE

Na vida contemporânea, a problematização do conhecimento constitui desafio aos juristas. Nessa senda, ainda a desbravar, a Filosofia Hermenêutica representa original caminho investigativo no Direito, assumindo a feição de novo modo de *ser* enquanto essência, mais do que a própria existência – um modo de conhecimento – pois ser-no-mundo é próprio da existência humana.

Esta aproximação, nos moldes propostos por Heidegger, traz a lume um princípio apoiado à concepção de construção do conhecimento, uma vez que esta se expressa por si mesma –

²⁸ Ressalta-se que a problematização do conhecimento, produto da segunda metade do século XX, conquanto haja superado os formalismos da Hermenêutica Técnica, não devem ser confundidas com a Hermenêutica Filosófica – e, nenhuma, apresentando-se com condão de realismo, idealismo ou relativismo. Destaca Stein que no âmbito da hermenêutica técnica situam-se os instrumentos de caráter formal com que abordamos o universo de tudo aquilo que pode ser chamado texto. Na hermenêutica filosófica abre-se espaço, na segunda metade do século XX, ao problema do conhecimento, com pretensão de universalidade semelhante ao conceito de dialética de outros tempos. Por seu turno, a filosofia hermenêutica, produto típico do século XX, vai além dos aspectos da primeira, dos aspectos gnosiológicos da segunda e introduz um novo ponto de partida para a filosofia. In: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 38 e ss. Ver também in: STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 147-48.

²⁹ Na *applicatio*, o horizonte do presente funde-se ao horizonte passado, situando-se, o intérprete, de historicidade, atentando à distância temporal entre texto e intérprete, constituindo nesta fusão, a partir do caso concreto, significado à compreensão. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 400

por ser, a compreensão, um modo de ser. Nessa vertente, mais que forma ou metodologia de conhecimento, expressa um modo de ser; ou seja, a essência da existência. Eis porque a percepção representa um definir à problematização que os mistérios da compreensão produzem, não como epistemológicos, mas ontológicos.

Na perspectiva de Heidegger³⁰, a existência é a condição ôntica da possibilidade de os seres se revelarem, sendo a diferença entre sujeito e objeto, uma diferença de fins teóricos, a qual só se vislumbra, após estabelecida. Assim concebido, o conhecimento teórico é secundário do ser-no-mundo, haja vista a existência do ser-no-mundo desde seu princípio, e, como tal, propiciar sua análise.

A toda evidência, o verdadeiro conhecimento “no depende de presuposiciones, que las pasiones terrenales ciegan la mente investigadora, que relacionarlo com otras cosas que el conocimiento puro puede dar como resultado sólo la distorsión de la verdad”.³¹

Heidegger³² atribui ao *dasein* como privilégio do ente, “é um ente determinado em seu ser pela existência”. Basta ser, para situar (encontrar) o ‘mundo’, para situar o contexto da compreensão, que traz esse *poder-ser* de possibilidades através da existência; a essência do *dasein* “está em sua existência”.³³

Ao explorar a problemática da compreensão, Heidegger³⁴

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 153-156.

³¹ BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 147. Indica o autor que um exemplo de que o conhecimento puro, apartado do terreno existencial não pode por si só contribuir significativamente aos questionamentos essenciais da existência humana é a ciência. Esta, presa a seus assuntos práticos altamente especializados, mas despreendida da existencialidade, não podem oferecer soluções de primazia – haja vista ser o homem sua condição de existencialidade e não o registrador do mundo. p. 148.

³² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 40.

³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 77.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.144-147.

deposita sua esperança em uma existência não desvirtuada por uma falsa filosofia, e, outrossim, uma consciência não ‘contaminada’ pela existência, Admitindo-se que ser-no-mundo é próprio da existência humana, não pode ser revelada qualquer faticidade à pessoa que se *aparte* de seu mundo.

Sem sombra de dúvidas, é evidente a magnitude das proclamações da primeira e segunda etapa – para a efetivação da terceira, pois já há texto, há escrita, há poética. Conforme Heidegger, a falsa filosofia não pode contaminar o ser-no-mundo, sob pena de privá-lo da própria existência, porquanto só é, em co-participação com o mundo, com a natureza, como *dasein*.

No problema em exame neste estudo, tal falsa filosofia repousa na pretensão de alcançar conhecimento puro, alienado das condições de possibilidades em um pós-metafísico³⁵, no qual, os Direitos Humanos prestam-se às efetivas possibilidades de concretização do conhecimento, como avanço construído, depois de mais de sessenta anos de Declaração Universal.³⁶

³⁵ Refere Streck que o século XX foi generoso com o direito e a filosofia – em análise o direito, o segundo pós-guerra incorporou a terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Assim, no Estado Democrático de Direito o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países com modernidade tardia como o Brasil. Na Filosofia, o *linguistic turn* (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica – o sentido passa a se dar na e pela linguagem (pós-metafísica) – pois, na metafísica clássica os sentidos ‘estavam’ nas coisas, na metafísica moderna na mente, na relação entre sujeito e um objeto. A revolução está na linguagem (condição de possibilidade de todo o processo compreensivo) como possível forma de superação do pensamento metafísico. In: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 154.

³⁶ “(...) a adaptação é lenta, pois todos os países não aceitam esta transformação do direito. A internacionalização se limita, portanto, às mudanças horizontais, notadamente através do diálogo dos juízes de um país ao outro: as Cortes Superiores estudam a jurisprudência das outras Cortes e citam-na, talvez, nas suas próprias deci-

Em outras palavras, os Direitos Humanos não de ser transportados à efetivação, quando considerados e atualizados em suas complexidades no tempo presente, mediante a fusão de horizontes (pós-metafísico), salvaguardando a implementação das garantias humanas. Nesse passo, as complexidades da sociedade contemporânea, ao aclamar soluções, obrigatoriamente não de ser lidas à luz dos Direitos Humanos, tanto no plano nacional como internacional. Eis a concretização da democracia, na perspectiva dos Direitos Humanos...

Hermeneuticamente, é mandatória, por essência a superação da distância entre o texto da Declaração Universal e a situação fática, que envolve o trânsito da generalidade ao caso particular.³⁷ Eis porque a busca da superação da distância entre o texto da Declaração e a situação particular, que é o vir-à-fala hermenêutico possibilita a efetivação desses Direitos, fundindo do horizonte escrito ao horizonte vivido, num processo de construção, que demanda nova abertura para um novo horizonte.

Assim concebidas, a consciência e a natureza externa contrapõem-se à tradição filosófica, agindo em co-participação, para fundar fenômeno único, capaz de abarcar o ser-no-mundo em sua totalidade. Por sua vez, o elo de interação com os outros, determinado pela comunicação constitui condição de existência, pois ser-no-mundo é, desde o princípio, estar-com e não sendo um mistério.³⁸

Num esforço de aprofundamento, cumpre sublinhar que o caráter *temporal* é fundamental para Gadamer. Por seu turno, através dessa vertente analítica, Heidegger demonstrou não ser

sões". M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: Lettre Du Collège de France, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2. p. 465.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.149. Ainda Cf. Bauman: Das-In-der-Welt ist gleich, ursprünglich das Mitsein und Mitdasein (Estar-en-el-mundo es, desde un principio, estar-con y existir-con) in Heidegger, Sein und Zeit, p. 24.

a compreensão um modo de comportamento (do sujeito), mas uma maneira de o *dasein* ser.

Como afirmado, Gadamer³⁹ repensa a hermenêutica segundo a perspectiva da temporalidade, fundante de uma hermenêutica histórica, que contribui para superar a hermenêutica psicologizante da modernidade, mais especificamente veiculada sob influência dos pensamentos de Schleiermacher e Dilthey.

A esse respeito, é pertinente refletir sobre o pensamento do filósofo em tela, quando afirma que “todo reencontro com a tradição deixou de ser uma simples apropriação, que a recolhia de um modo tão óbvio quanto ao antigo e que teve de superar os abismos que separam o presente do passado”⁴⁰

A historicidade da compreensão passa a ser explicitada por um *dasein* autocompreendedor, pela linguagem, na qualidade de ser-no-mundo, segundo a premissa de que a estrutura de compreensão não se des-vela, apartada da historicidade, de uma dada tradição.

Logo, o *dasein* não se supera na sua própria faticidade, razão pela qual está ligado aos costumes que advêm da tradição e o determinam em sua experiência, sendo o seu *ser* um mediador entre o passado e o futuro, que se abre, historicamente mediado e lingüisticamente interpretado.⁴¹

Quanto à limitação da historicidade ao intérprete, Gadamer parte de Kant, justamente para ir além; isto é, para superar

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2. p. 111-142. Também ver In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 226

⁴⁰ GADAMER, Hans-Geor. Hermenêutica como filosofia prática. In: A razão na época da ciência. Rio de Janeiro, 1983. p. 65. Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 227.

a metafísica e o dogmatismo do Iluminismo (moderno)⁴², para lançar-se ao pós-metafísico, pela virada-lingüística-ontológica.

Se os Direitos Humanos efetivam-se em seu constituir, pelo seu des-velamento, através da linguagem, pelo intérprete, qual a limitação para este constituir? Faz-se pela historicidade?

A circularidade da compreensão realiza-se pelos nossos pré-juízos, que podem ser complementados pela investigação de novos temas, pelo aprofundamento, que prestará autenticidade (ou não) ao pré-compreendido. Gadamer⁴³ acentua que o *ser* próprio da linguagem é o diálogo, que impregna o processo de entendimento.

A fenomenologia hermenêutica em seu fundamento é, para Gadamer⁴⁴, a finitude da *experiência*. Este alicerce é prestado pela linguagem, por lhe trazer à fala e não pela sua multiplicidade, sendo a experiência o centro da linguagem, por meio da qual se faz a abertura aos entes em sua totalidade – median-do o homem histórico-finito com o mundo, e, assim o fazendo, consigo mesmo.

Cumprе ressaltar o caráter especulativo da linguagem, pois a dialética gadameriana não tem a mesma conotação daquela proposta por Hegel e Platão⁴⁵ – conquanto haja o elemento especulativo em comum, eis que privilegia uma efetivação de sentido, um evento da fala, uma compreensão, entendimen-

⁴² Para Stein, o corte definitivo com a filosofia da consciência, nesta circularidade, também com o método dialético, acaba por cair as pretensões das filosofias do absolutismo, excluídos, por outro lado, do pensamento hermenêutico e pensamento dialético dois pressupostos: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico In: STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica. Enaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 28.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 72-81.

⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 234-242.

⁴⁵ A dialética em Platão e Hegel baseia-se na “submissão da linguagem à proposição e não atinge a dimensão da experiência lingüística de mundo” In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 243.

to, investigação.

Sob esse ângulo, a linguagem participa da idealidade do sentido, eis que o *ser*, enquanto sentido, expressa-se lingüisticamente, em Gadamer. A rigor, a tradição gadameriana faz-se entrega, transmissão – podendo, o jurista, a partir do texto da Declaração Universal que recebeu da tradição, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões – em um entender-se a respeito da *coisa*, onde toda compreensão é interpretação, num processo em que a hermenêutica é vida.⁴⁶

Esta é a terceira etapa, ainda não proclamada, mas de cuja implementação não se depende para que os Direitos Humanos ultrapassem os patamares de meras faculdades. Ao intérprete é entregue o texto, em que a tradição lhe é posta em suas multiplicidades de entes; com ela, o caso concreto reclama providências, necessitando de um *vir-à-fala*, de um desvelamento ontológico, de uma *applicatio*.⁴⁷

“Compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação concreta e particular”.⁴⁸ Sob esse enfoque, a situação fática é que limitará o compreender, desafiando à descoberta da condição de possibilidade para tornar possível diferenciar o *ser* do *ente*. A interpretação (instância de exteriorização da compreensão), conforme a filosofia da linguagem, diferenciará, ontologicamente os horizontes entre texto e norma e vigência e validade.⁴⁹ Nessa vertente, a tarefa do intérprete “nunca [será]

⁴⁶ Ver in: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. V.1 p. 559-708.

⁴⁷ “o papel dos professores de direito é o de formar, antes de tudo, profissionais capazes de aplicar o direito existente. Mas, quanto mais o direito é instável, mais a reflexão teórica torna-se necessária para preparar os juristas a imaginar respostas sem, entretanto, renunciar ao rigor”. M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: *Lettre Du Collège de France*, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

⁴⁸ Ver In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 465.

⁴⁹ Conclui Gadamer “denunciar algo como preconceito é suspender a sua presumida validade; com efeito, um preconceito só pode atuar sobre nós, como preconceito no sentido próprio do termo, enquanto não tivermos suficientemente conscientes do mesmo. Mas a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele permane-

(...) mera mediação lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, prescindindo da verdade do enunciado.”⁵⁰

Nessa linha de argumentação, os limites da hermenêutica repousam no caso concreto, no momento da *applicatio*, onde o desafio do sentido é responder a uma problematização, uma pergunta, que exige abrir-se ao horizonte ainda entificado, desvelando-o. Isso é que limitará o *dasein*, e, não a historicidade. Pelo contrário, ela e a faticidade representam condições de possibilidades para a compreensão e, também, para a autocompreensão – pelo caráter pré-ontológico que lhe é inerente.

E como fazer esta pergunta pela efetivação dos Direitos Humanos? Como questionar a situação fática, perante os Direitos Humanos, superando esta faculdade?

Como ensinou Gadamer⁵¹, o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que nos encontremos. Não se pode afirmar, de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame”.

Assim, é preciso mergulhar na essência da pergunta – todo saber passa pela pergunta, pois perguntar quer dizer abrir-se, colocar em aberto ao perguntado. Gadamer⁵² adverte que não podemos fazer perguntas no vazio, eis que se faz premente

cer simplesmente operante; é preciso de algum modo provocá-lo”. GADAMER, Hans-Georg. O problema da Consciência Histórica. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado* / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 331-332.

⁵¹ Ver In: GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

⁵² Ver in: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. V.1 p.. 533-556.

delimitar o horizonte da pergunta, definindo os pressupostos a partir dos quais as perguntas serão feitas. Do contrário, perguntaríamos o *desde sempre já*, questionaríamos não os horizontes do texto, desfocando os objetivos do sentido fundante da compreensão.

De qualquer sorte, não há método que ensine a perguntar pela efetividade, a ver o que é questionável, auxiliado pela dialética, na tarefa de compreensão. Segundo Gadamer, a dialética como arte do perguntar, só pode se manter, se aquele que sabe perguntar é capaz de manter-se aberto ao novo. A arte de perguntar envolve a capacidade de continuar perguntando; o que aponta para a arte de pensar. Nesse intuito, recorre-se à dialética, como a arte de conduzir autêntica conversação – aduz Gadamer.⁵³

Sob essa premissa, a escrita faz-se fundamental para a Hermenêutica, pois, através dela, o transmitido é simultâneo a qualquer presente que terá acesso a esta - para que co-existam passado e futuro.

Repousa nesse ponto a importância das duas primeiras etapas já proclamadas, sendo que, para a terceira, o papel da Hermenêutica é o *vir-à-fala*, do texto – nas limitações do caso concreto, dotando o intérprete de faticidade e historicidade, por se tratar, o *dasein*, de um nível pré-ontológico, no sentido de que, para compreender algo, há de se compreender.⁵⁴

⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. V.1 p. 540.

⁵⁴ Nesta visível fronteira Ernildo Stein capitula Heidegger para evidenciar a importância do diálogo entre ela, desguardando o incontornável como inacessível; assim aduz o Filósofo da Floresta Negra, que “guardar o incontornável como inacessível esta é a primeira experiência da essencial limitação das ciências. As ciências têm sua limitação por não poder converter o incontornável em objeto, isto é ele lhes permanece inacessível. A impossibilidade de objetificarem seu limite leva as ciências à especialização. A especialização que reconhece seu limite como resultado da sua essencial limitação, ter que ‘guardar o incontornável como inacessível’, aceita que sua vontade de objetivação já está sempre frustrada. A limitação, a impossibilidade de objetificar a diferença ontológica abre as ciências para a filosofia, no diálogo com ela e no diálogo entre elas.” HEIDEGGER, *Martim*.

Por certo que a tarefa hermenêutica atribui-se à missão de criar uma ponte para superar a distância entre a lei e o caso particular, mesmo nos casos de não haver mudança das situações em que o texto foi escrito, e, também nas relações sociais ao que o caso concreto reclame solução, ou, ainda, na evolução do contexto. Embora não havendo mudança, a ponte há de ser criada e a distância superada, para permitir que o direito vigente se mostre ultrapassado e inadequado.⁵⁵

A ponte a que se refere Gadamer é a terceira etapa, que requer efetivação. Isso posto, parece claro que não será só com a criação de um órgão controlador dos mecanismos garantidores de Direitos Humanos que levará a efeito o aludido controle. Pode-se construir a ponte, antes de esperar sua conclusão, para passear sobre ela. Note-se que esta etapa foi concluída na União Europeia pela criação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Admitindo-se a premissa, as particularidades de cada caso concreto, de cada ponte, tendem a moldar a regionalidade, já que a limitação da Declaração Universal, hermeneuticamente, dar-se-á, na situação fática. Ainda, a distância temporal que há de ser superada, instiga a reflexão ao aprofundamento da noção de humanidade, suspendendo nossos pré-juízos inautênticos e fundando a humanidade como valor, “valor a proteger das práticas do Estado, e também, segundo o caso, dos desejos dos indivíduos”.⁵⁶

Com efeito, trata-se de um valor fundante, de uma ponte a ser implementada como forma de superação, diferenciação ontológica, verdadeira horizonte delimitador da arte pela per-

Introducción a la Filosofía. Madrid: Frónesis-Catédra-Universitat de València, 1999. Cf. STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica. Enaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 96-97.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2. p. 465.

⁵⁶ M, DELMAS-MARTY. Degravação de aula ministrada no Collège de France, em data de 25/03/08. Tradução livre.

gunta do homem à humanidade. Em outras palavras, o que a hermenêutica busca é a efetivação da Declaração, por meio do vir-à-fala das experiências (pela *applicatio*) – do intérprete; tudo através da linguagem, inclusive a referida ponte.

Aliás, os Direitos Humanos carecem dessa construção ontológica de seu acontecer. Com isso, não há ponte sem seu construtor; não há Direitos Humanos, sem aplicador. O desafio repousa no fato de que novas pontes terão de ser construídas com a mutação destes, da sociedade – já que, também a ponte, é provisória... Não se pode olvidar que ela existe para superar o que nos chega e o caso particular – e, mesmo que nenhum deles mudem, é necessária nova abertura pelo intérprete, pois, nós mudamos – como ser-no-mundo, como *dasein*.

Os Direitos Humanos, destarte, encontram-se na circularidade do processo compreensivo, instado a superar os obstáculos no caminho da efetivação de garantias da pessoa, prestando, o intérprete, caráter temporal ao texto, a partir da virada-linguística-ontológica.

Desta forma, parece vislumbrada a possibilidade de afastamento de um caráter de faculdade para os Direitos Humanos – por ser, aquele, prestador de *applicatio* ao contexto de pós-sessenta anos de Declaração Universal; isto é – a temporalidade supera a faculdade, na qual o intérprete mantém-se ao aberto ao aprofundamento, vislumbrando a possibilidade de acesso à matriz principiológica dela ostentadora – e a poética, cumprindo o seu caráter significativo: a perspectiva de um mundo novo...

“Como na epistemologia, é preciso uma crítica dos fundamentos no direito”:⁵⁷ a ponte há ser construída...

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi examinado no presente estudo, a pro-

⁵⁷ M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: Lettre Du Collège de France, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.

blematização atinente à terceira etapa reside também na esfera de atuação do intérprete. Por evidente, a criação de mecanismos institucionais para efetivação e controle, desta etapa, encontra seus limites institucionais na esfera da política.

Contudo, cumpre refletir sobre o plano jurídico, especificamente no que tange à aplicação das premissas e garantias referentes aos Direitos Humanos. Sob esse enfoque, não é admissível que reste vangloriosa conquista, pela passagem de mais de sessenta anos de seu alvorecer, caso se persista na compreensão, não raro, como mera faculdade, subjugada às concepções metafísicas objetificantes, provendo-se da linguagem como singela coisa terceira, atribuída ao dualismo mecânico enfatizado no Direito, em sua vertente tradicional.

Como sublinhado, no intuito de avançar, a Hermenêutica Jurídica constitui matriz ostentadora no reconhecimento da temporalidade ao Direito, des-velando o próprio *ser* a cada dia – o qual não se des-vela na integralidade, no seu acesso pelo *ente*, logo, instigando continuamente ao des-velamento e ao des-ocultamento, a ser compreendido.

Por coerência, os Direitos Humanos, naturalmente, representam sempre verdade provisória, que cumpre des-ocultar. Nessa linha de entendimento, o desafio reside em que se trata uma efetivação admitida no passado que poderá não ser satisfatória no presente. Nessa vertente, o intérprete é desafiado ao (novo) ponto de estofo do sentido, estruturado em suas pré-compreensões.

A partir das duas primeiras etapas estabelecidas pela Comissão, o intérprete depara-se com o desafio de dar efetividade à terceira, que depende de um vir-à-fala hermenêutico. Nesse âmbito, a Declaração Universal, bem como os Pactos propiciam fundamentos ao intérprete des-velador, condicionando o sentido da estrutura compreendedora, na qual, dotado de historicidade/faticidade – encontra espaço para aplicação dos Direitos Humanos no tempo, com caráter especulativo.

Por certo, a efetividade se dará no caso concreto. Não existe hermenêutica sem dogmática – justificativa robusta ao intérprete, quando se propõe a fazer da Declaração, o remédio curador da situação fática, agindo como constituidor dessa ponte.

Na lição de Gadamer, o justo depende do intérprete, ao instituir o Humano ao Direito, desfrutando da linguagem como condição de possibilidade, para superar a tradição, pelo aprofundamento da investigação, a partir da angústia do estranhamento de uma informação posta. Nesse passo, o diálogo com a tradição pode ser estabelecido, não como dogmatismo, mas, valendo-se da *experiência* para vislumbrar o novo horizonte, novo viver, reconhecendo “Direitos Humanos”, sem limites, ou restrições no plano nacional ou internacional.

O produto compreensivo, portanto, des-ocultado, é provisório, por ser o intérprete finito-histórico – pois os Direitos Humanos sempre instigam ao des-velamento em uma diferenciação ontológica, requerendo do intérprete *applicatio* compatível com a criação compreensão e que continue perguntando – e, se perguntando – pois Direitos Humanos também são dialética: a arte de conduzir autêntica conversação, por não haver efetivação desligada desse dialogar.

Em cada caso particular, está subjacente a efetividade da Declaração Universal. Porém, a ponte de aplicabilidade de um texto de sessenta e quatro anos a uma situação fática hodierna, exige do intérprete – a linguagem como condição de possibilidade.

A conclusão mais significativa do presente estudo é do esgotamento do paradigma de serem facultativos os Direitos Humanos, por não haver a proclamação da terceira etapa. É evidente que melhor seria sua proclamação e esforços neste sentido somam-se importantes – mas, ao hermeneuta, em um refletir pós-metafísico, com mais de seis décadas de Declaração Universal, só resta uma ponte a ser construída: a efetiva-

ção, sem um método que nos ensine a perguntar.



REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- _____. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DONNELLY, Jack. *Unisersal human rights in theory and practice*. 2.ed. New York: Cornell University, 2003,
- FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1984,
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- _____. *Verdade e Método*. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. V.1
- _____. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1.
- ISA, Felipe Gómez. *La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones em torno a su génesis y a*

- su contenido. In: *La Declaración Universal de Derechos Humanos em su cincuenta aniversario: Um estudo interdisciplinar*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.
- M, DELMAS-MARTY. Entrevista a Marc Kirsch. In: *Lettre Du Collège de France*, nº 22, Fev. 2008. Tradução Livre.
- _____. Degravação de aula ministrada no Collège de France, em data de 18/03/08. Tradução livre.
- _____. Degravação de aula ministrada no Collège de France, em data de 25/03/08. Tradução livre.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; DA ROS, Patrícia Lucca. A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Ato do Judiciário. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996.
- _____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.
- _____. *Diferença e Metafísica. Ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.