

FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E OS RESQUÍCIOS DO DIREITO NATURAL NA SUA CONCEPÇÃO ATUAL

HISTORICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS AND THE REMNANTS OF NATURAL LAW IN ITS CURRENT DESIGN

Mariana Vannucci Vasconcellos
Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira

Resumo:

Os direitos humanos trazem consigo a idéia de que são inerentes ao ser humano e que podem ser impostos a qualquer ordem jurídica. E reconhecem a existência do segundo, contudo mais restrito que os direitos positivados. Em 1789 eles serviam para contrapor o estado absoluto, já neste século atuam pra combater Estados totalitários. Contudo tais direitos constantemente são acusados de serem muito abstratos e distantes da diversidade cultural do mundo para o qual se dirige. Uma concepção positivista pode ser mais flexível a aceitar as idas e vindas históricas e dar mais liberdade para a organização de cada sociedade de acordo com sua vontade. Neste trabalho procura-se avaliar como os direitos humanos podem ser fundamentados, e parte da premissa de que o ideário do direito natural ainda persiste na doutrina constitucional e na filosofia dos direitos humanos. Para tanto, é feito o estudo de como surgiu os direitos humanos e como eles podem ser entendidos no positivismo jurídico e no jusnaturalismo. Busca-se, também, compreender como no pós-positivismo devem se comportar esses direitos e quais são os seus alicerces em uma teoria que busca trazer de volta elementos antigos para tornar o direito mais acessível à equidade e as dificuldades do caso concreto.

Palavras chaves: Direitos Humanos; Direito Natural; Humanismo; Positivismo Jurídico

Abstract:

Human rights bring with them the idea that they are inherent to the human being and that can be imposed on a legal order. In 1789 they served to counteract the absolute state, since this century act to combat totalitarian states as present based on the idea that there are rights inherent to human. However these rights are constantly accused of being too abstract and distant from the cultural diversity of the world to which it is addressed. A positivist conception can be more flexible to accept the comings and goings historical and give more freedom to the organization of each society according to his will. This work attempts to assess how human rights can be justified, and the premise that the ideas of natural law persists in constitutional doctrine and philosophy of human rights. Therefore, it is done the study emerged as human rights and how they can be understood in legal positivism and natural law. The aim is also to understand how post-positivism should behave these rights and what are its foundations in a theory that seeks to bring back old elements to make the law more accessible to equity.

Key words: Human Rights; Natural Law; Humanism; Positivism

1. INTRODUÇÃO:

Não há dúvida da importância dos direitos humanos para a atualidade. Desde sua criação no século XVII eles marcaram o direito positivo e serviram como forma de resistência contra o poder. Em sua concepção clássica, trazem consigo a idéia de que são inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.

No direito constitucional é comum a diferenciação entre direitos fundamentais, que seriam direitos positivados, e direitos humanos que existiriam no plano internacional e no plano de direito natural. Mesmo sobre a égide do positivismo jurídico e na sua acepção mais branda – o pós-positivismo – a ideia de que existe uma classe de direito acima do direito do Estado é reconhecida, contudo há a tendência de serem consideradas mais restritas do que os direitos positivados.

A ideia de Direitos Humanos permanece como um antídoto contra o positivismo jurídico. Como esta corrente filosófica usa a razão de forma instrumental, os direitos humanos em sua concepção de direito natural, é constantemente utilizada como resistência. Em 1979 eles serviam para contrapor o estado absoluto. Em 1948 atuam pra combater os Estados totalitários surgidos no século passado: as normas se apresentam como inferidas de uma idéia de direito do homem. Isso atesta, segundo Villey (2007, p. 05), a sobrevivência da escola do direito natural.

Contudo há graves problemas no que tange a sua fundamentação. Os direitos humanos constantemente são acusados de serem muito abstratos e distantes da diversidade cultural do mundo para o qual se dirige. A relação direito fundamental e direito inerente à natureza humana não é a única forma de conferir alicerces sólidos.

Uma concepção positivista pode ser mais flexível a aceitar as idas e vindas históricas e dar mais liberdade para a organização de cada sociedade de acordo com sua vontade. Contudo um direito anterior e superior ao Estado é mais apto a combater injustiças e servir de limite para o totalitarismo.

Neste trabalho procura-se avaliar como os direitos humanos podem ser fundamentados, e parte da premissa de que o ideário do direito natural ainda persiste na

doutrina constitucional e na filosofia dos direitos humanos. Para tanto, é feito o estudo de como surgiu os direitos humanos e como eles podem ser entendidos no positivismo jurídico e no jusnaturalismo.

Busca-se, também, compreender como no pós-positivismo devem se comportar esses direitos e quais são os seus alicerces em uma teoria que busca trazer de volta elementos antigos para tornar o direito mais acessível à equidade e as dificuldades do caso concreto.

Para o desenvolvimento deste trabalho, não será adotada a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, logo que ela traz dois lados de uma mesma moeda e não é útil para os objetivos deste estudo.

2. ANTECEDENTES E EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO NATURAL DE DIREITOS HUMANOS

2.1. Pré-história dos direitos humanos: o humanismo e o pensamento cristão

a. Grécia e Roma

Alguns dos elementos necessários ao desenvolvimento da filosofia que fundamenta os direitos humanos estão presentes no mundo antigo: em especial na Grécia e em Roma. Entretanto, o modo como foram representados diverge da utilização feita na idade moderna. Em linhas gerais, não havia no mundo antigo a noção de indivíduo, que é tão importante para os direitos humanos. Deste modo, não é possível interpretar a liberdade e a igualdade do mesmo modo que foram imaginadas séculos mais tarde na idade moderna.

Benjamim Constant (1819, p. 03) aponta que há diferença entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. A liberdade antiga tinha um caráter instrumental, para os gregos a liberdade significava participação na vida política. Já na concepção moderna a liberdade é privada, tem a finalidade de combater as incursões do poder no campo da individualidade. Não existiam fronteiras entre o público e o privado, o Estado é onde o indivíduo atingia sua realização. A Cidade ou a Pólis era uma espécie de organismo: ela existia como entidade concreta e os cidadãos estavam ligados a ela como um prolongamento

de si mesmos (HAARSCHER, 1997, p. 61). A liberdade dos antigos também era dirigida a poucos indivíduos membros da Pólis grega.

Sobre a igualdade, também há uma concepção ligada à Cidade: ela ocorria se seu resultado político fosse melhor do que a desigualdade, diferente da concepção de direitos fundamentais. Na República, Platão iguala homens e mulheres no comprimento de tarefas supremas com o intuito de não perder indivíduos capazes de exercer essas funções. Assim sendo, a igualdade não é usada como fim, mas como meio para assegurar o melhor para o todo (HAARSCHER, 1997, p. 61).

Em Aristóteles, a igualdade também não é um princípio fim em si. Ela também é dirigida para a estabilidade da Cidade. Se em Platão havia o ideal de governo exercido por filósofos, em Aristóteles há um regime baseado na retórica entre iguais.

É interessante analisar a ideia de justiça no Estagirita, que é igualmente instrumental. Michel Villey (2007, p. 41) partilha a visão na qual o direito na Grécia era o direito referencial e, para isso, usa a diferença entre justiça geral e justiça particular. A primeira confunde-se com a moral e a segunda seria a justiça distributiva. A partir dessa análise, o autor também aponta a falta da noção de indivíduo.

Ele conceitua a justiça como a justa partilha dos bens e ônus em um grupo. No mundo grego, o direito seria relação e não um atributo da pessoa. Ideia oposta a noção atual de direito subjetivo e direito fundamental.

Mais tarde, com a conquista das Pólis gregas por Felipe da Macedônia, a Cidade perde autonomia e há o término do ambiente no qual a filosofia grega entendia ser possível a “boa vida”. Com isso há o fortalecimento do individualismo como busca da estabilidade existente outrora. É nesse paradigma que é criado o epicurismo e o estoicismo (HAARSCHER, 1997, p. 74). Os estoicos já tratavam, em suas obras, de uma justificativa ética da conduta humana (COMPARATO, 1997, p. 06) e dos ideais de dignidade e igualdade referidas a todos os homens e não somente os que possuíam a qualidade de cidadão. Entretanto a universalidade estoica não tinha pretensões de resistência contra o poder político. O conceito era excessivamente transcendente para tal.

Especialmente em Roma, o estoicismo teve grande influência, onde tais ideias foram continuadas por Cícero. Este autor foi responsável por uma formulação inicial de direito

fundamental quando afirma a existência de uma lei eterna que estaria gravada no coração de todos os homens, conhecida por uma razão superior¹. Aqui, há a utilização do estoicismo como forma de legitimidade, já que não há revolta possível contra o que é bom e racional.

Mais tarde, há, no pensamento romano, a questão do *Jus Naturale* e *Jus Gentius*. A primeira pode ser confundida com a moral (VILLEY, 2007, p. 95) e possui o problema de ser intangível demais. Para Ulpiano, havia a diferença entre os dois: o “direito das gentes” seria construído por consenso e o “direito natural” seria o *logos* da razão (HAARSCHER, 1997, p. 77). O *jus Gentius*, segundo o Digesto de Justiniano, é composto de instituições universalmente difundidas: ao conquistar a Grécia, Roma herdou a moral internacionalista grega (VILLEY, 2007, p. 95).

Mesmo que haja ideias próximas do que se entendem como direitos fundamentais, elas devem ser confrontadas com outros problemas: os governos deste período eram fundados na utilização do trabalho escravo. Desta feita, apesar do humanismo ter suas raízes na cultura greco-romana, ainda não se pode considerar a existência dos “direitos do homem” (ANDRADE, 2010, p. 16).

Contudo para Villey (2007, p. 85) seria errôneo utilizar o argumento do trabalho escravo para refutar a existência de uma ideia de dignidade humana na Grécia ou em Roma. Já que, apesar do uso do trabalho escravo, não havia uma descaracterização deste como ser humano, naquela época, existia a afirmação de uma natureza humana comum. Mesmo assim, o autor aponta que não existiam direitos humanos na antiguidade, entretanto havia um sistema dos deveres morais, ligados a uma moral universalista e de aplicação na realidade.

b. O cristianismo

O cristianismo contribuiu para a formação do ideal de dignidade humana, que uniu as ideias judaicas com o universalismo estoico. Assim como a adoção em Roma para legitimar o

¹ Marco Túlio CÍCERO. **Da República**. p. 37. "A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandatos, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, - uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios."

estado “bom”, no cristianismo a ideia de direito natural serve à Igreja, que é instituição separada do poder temporal. No entanto, a união com uma religião em que a fé depende da revelação divina tornara a própria lei natural subordinada à lei divina. Em santo Agostinho há uma subordinação necessária da razão à fé, o livre-arbítrio à Graça e, em consequência, a lei natural à lei divina (HAARSCHER, 1997, p. 81).

Outro aspecto do cristianismo é que ele exalta o homem a semelhança de Deus. Já existia tal afirmação com Cícero e a filosofia greco-romana já havia reconhecido a superioridade do homem. O pensamento cristão vai conduzir a exaltação do homem para o centro: ele é criação semelhante a Deus. Com São Paulo essa ideia estendida a todos os seres humanos. Não há ruptura entre a doutrina cristã do homem e a antropologia dos gregos, mas sim continuidade (VILLEY, 2007).

Esse pensamento foi melhor desenvolvido por São Tomás de Aquino, para quem os homens eram todos filhos de Deus, iguais em dignidade e sem qualquer distinção (RIVERO; MOUTOUH, 2002, p. 37). O pensamento tomista foi o primeiro a diferenciar a *Lex aeterna*, *Lex natura*, *Lex humana*. Na primeira divisão, temos a razão divina, que é perfeita e incognoscível. A segunda é a lei natural, que pode ser alcançada através da razão humana. E por fim, a lei humana, que é criada pelo homem. No ideal tomista, o Estado é um produto intrínseco e natural da sociabilidade humana, ou seja, ele existe independente da vontade divina (BILLIER; MARYIOLI, 2006, p. 116).

Além disso, cabe ao Estado promover o bem e ser um espelho terrestre da imagem do reino de Deus. Aponta-se, como antecedente dos direitos humanos, o pensamento de São Tomás de Aquino e principalmente o seu desenvolvimento pela Segunda Escolástica. No pensamento de São Tomás de Aquino, homens eram todos filhos de Deus, iguais em dignidade, sem qualquer distinção (LUÑO, 1983, p. 13). Contudo, no que diz respeito ao direito, a visão tomista era semelhante às visões romana e grega, onde suas fontes seriam profanas. Para ele o direito teria função de mensurar proporções justas na partilha de bens exteriores.

Apesar de termos a afirmação de um direito natural, que seria alcançável para a razão humana, ainda não há elementos para caracterizar a existência de direitos fundamentais. Mesmo assim, Perez Luño (1983, p. 30) aponta como característica importante o controle que

a *Lex Humana* poderia sofrer se o direito natural fosse desobedecido, com a possibilidade de legitimar a resistência por parte da população.

O que fundamentaria os direitos humanos como percebemos hoje seria o Nominalismo e Escotismo que inauguram uma filosofia individualista e baseada no voluntarismo (VILLEY, 2007; LUÑO, 1983). No modelo tomista, o centro é a razão, que prevalece sempre sobre a vontade, ou há uma fusão entre razão e vontade.

As transformações realizadas por Guilherme de Ockham e Duns Scot modificaram a importância da vontade na filosofia. Para Scot a vontade que deve governar a razão, a vontade divina, não mais se confunde com a razão. Em última instância, o direito é identificável com a vontade absoluta de Deus (BILLIER; MARYIOLI, 2006, p. 119).

O pensamento de Guilherme Ockham apresenta outra forma de voluntarismo. Deixa-se de buscar o direito na natureza, pois o direito existiria na consciência dos homens. Para este autor existiriam direitos como permissão ou poder de agir. Deus dá ao homem uma liberdade original: esses direitos não são exigíveis, não podem ser abdicados..

Essas teorias influenciaram a posterior teorização do direito natural secularizado, iniciada pela escolástica espanhola, apesar do interesse em combater o nominalismo por causa da sua importância para o protestantismo. Os autores da segunda escolástica restauraram o estudo da filosofia grega, mas trabalharam uma ideia de direito fundada na lei. Diferente do ideal de direito tomista.

Apesar dos avanços vistos no cristianismo ainda não há a ideia consolidada de direito natural racional e direitos humanos. Os direitos humanos nasceram no século XVII provenientes de uma filosofia, no sentido pleno do termo, livre do controle das faculdades de teologia. Isso não impede que essa filosofia seja filha, herdeira e continuadora da teologia cristã.

2.2. Pensamento Jusnaturalista do séc. XVII.

Pensadores como Grócio tentaram separar o direito natural da sua aspiração divina, tornando-o fruto da razão humana, apesar de Suarez, autor da segunda escolástica, conceber o direito natural como uma *Ratio Naturalis* (BILLIER; MARYIOLI, 2006, p. 125). Mas ainda

assim, tais normas eram reflexas do desígnio de Deus no mundo. A partir de Grócio, os direitos naturais não tinham nenhuma referencia espiritual, era somente fruto da razão humana.

Mas neste autor, ainda não há uma idéia de direitos do homem, apesar dele ser fundador do direito natural racional. Contudo, o direito natural que vai desembocar na idéia de direito do homem é continuador das correntes filosóficas descritas anteriormente. O direito é, na era moderna, uma dedução de uma essência genérica de homem. Aos poucos acontece a transferência para uma religião fundada no homem. Villey (2007) considera a filosofia do direito após o século XVII como uma teologia laica. Da filosofia aristotélica sobreviveu somente a teoria de dedução analítica. A Relação entre o direito e a moral seria dedutiva ao contrário da idéia de direito dos antigos, que nasceria da observação das relações entre homens na cidade (RIVERO; MOUTOUH, 2002, p. 39).

O ideal de direitos específicos ao gênero humano, apesar de não ser originário dos movimentos constitucionalistas que marcaram o período de transição para a era contemporânea, conquistou suas principais características nessa época.

Os movimentos constitucionalistas presentes na Inglaterra, França e Estados Unidos, levaram a modificação do Estado Absoluto até o Estado Democrático de Direito. Este se baseia na separação dos poderes e na subordinação do poder estatal à vontade dos governados por meio de um documento escrito, no qual são declarados os limites do poder político e os direitos fundamentais do cidadão².

A criação do Estado Democrático de Direitos como temos iniciou-se com a luta contra os Estados Absolutistas, o que gerou diferentes movimentos com o ideal comum de criar um Estado limitado por um documento normativo que assegurasse a mitigação do poder e a garantia de direitos individuais.

² O modelo estatal atual teve origem nos constitucionalismos francês, inglês, alemão e norte americano. Já o modelo Francês buscava edificar uma nova ordem baseada nos direitos naturais dos homens, tal ordem seria formada por um contrato social fundamentado nas vontades individuais, o que geraria um documento escrito – constituição. O constitucionalismo inglês foi marcado por sucessivas cartas de direitos restritas inicialmente a um grupo de cidadãos, a primeira delas foi a Magna Charta de 1215. Buscava a proteção da propriedade, segurança e liberdade pessoal, o que gerou a garantia de processo justo regulado por lei (due process of Law). O poder supremo era exercido pelo parlamento, quem elaborava as leis. O movimento norte americano tinha objetivo de romper com o poderio inglês e formar um novo país subjugado a uma constituição criada pelo povo através de um poder constituinte, o novo estado será limitado pelo documento escrito, e haverá o controle de constitucionalidade exercido por uma corte especial. (CANOTILHO, 2002, p. 88).

A partir desses direitos, ditos de liberdade contra o Estado, outros direitos foram criados, os quais necessitavam de uma ação positiva do Estado e não mais somente a ação negativa, visando a defesa do indivíduo. O Estado passa a ter não só a obrigação de não intervir sobre os cidadãos, como também a obrigação de atuar para o desenvolvimento pessoal e coletivo da sociedade. Após esses novos direitos sociais, nascem os direitos de cunho difuso, visando não mais uma pessoa ou um grupo, mas sim toda uma coletividade.

Os novos direitos somam-se aos primeiros, dando-lhes novas dimensões. Os direitos de defesa passam a também exigir ações afirmativas enquanto os direitos de prestação exigem ações negativas do Estado (SARLET, 2007, p 217).

A primeira geração de direitos fundamentais teve sua base na teoria liberal, já que naquele momento era importante construir meios de proteção contra o poder do Estado. De forma gradual, na Inglaterra, por meio de cartas de direitos, foram criadas garantias processuais e de proteção à propriedade privada, que no início eram somente para a nobreza e depois foram alargadas para todos os cidadãos.

O primeiro passo na concepção atual dos direitos de proteção do Estado deu-se com a Magna Carta de 1215 que, apesar de ser restrita somente a alguns nobres – como os demais documentos de garantia fornecidos por outros países, no mesmo período –, deu abertura para que os direitos corporativos do baronato se estendessem para os demais cidadãos³. Desse modo, a Magna Carta facilitou o caminho para outras cartas de direito assinadas de modo a limitar o Estado e estabelecer garantias à sociedade civil.

O documento imposto ao soberano João Sem Terra foi seguido por outros, como a Petição de Direitos de 1627, o Habeas Corpus Act de 1679 ou Bill of Rights de 1688. Por fim, o Act of Statlement foi imposto como condição para a volta da dinastia Hanover, em 1701, e definiu que as leis da Inglaterra eram direitos naturais do povo inglês (SARLET, 2007, p 51). Tais cartas de direitos eram congruentes no sentido de tratar, ao mesmo tempo, da liberdade política do parlamento frente à coroa e da liberdade dos cidadãos. O modelo inglês foi desenvolvido através de eventos isolados até chegar a um modelo próprio de direitos, que estava intimamente ligado às garantias processuais, de modo que não se pode conceber estes direitos em separado de seus procedimentos próprios.

³ Os preceitos da *Magna Charta* mudaram de interpretação com o passar do tempo, o art. 39 que estabelecia que nenhum homem livre seria detido ou privado de bens e direitos sem o julgamento por seus pares nos ditames legais, passaram a serem universais a medida que o conceito de homem livre foi evoluindo. José Joaquim Gomes (CANOTILHO, 2002, p. 358).

Já o Constitucionalismo norte-americano buscava o rompimento com o Império Inglês e a formação de uma própria nação. Desse modo, tal movimento se caracterizava pela limitação do governo por parte do povo e a sua subordinação à lei e ao interesse público (CANOTILHO, 2002 p. 90).

Apesar da visibilidade da Carta dos Direitos do Homem de 1789, os outros movimentos e ideias que marcaram o século XVIII também contribuíram para formar o rol dos direitos contra o Estado.

Já na França, o ideal de rompimento com o modelo estatal antigo gerou uma concepção mais radical. A Revolução Francesa, ao contrário do constitucionalismo inglês, que buscava garantias perante o monarca, tinha por objetivo romper completamente com a ordem anterior e estabelecer uma nova. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 procurava estabelecer a transcrição para uma ordem consoante os direitos naturais dos homens. Tal declaração foi realizada com forte influência dos pensadores iluministas, que relacionavam o homem a uma existência anterior à sociedade onde ele já possuía direitos que lhe eram naturais.

O Estado natural para Hobbes era gerador de conflitos e revelava a utilidade máxima do Estado para estabelecer a ordem⁴. O fundamento do contrato social que dá origem ao Estado é escapar do caos que é a vida sem um poder controlador. Para o autor inglês, o homem abandona sua liberdade, entregando-se totalmente ao Estado, que é representado pela figura bíblica do Leviatã. Villey (2007, p. 143) coloca que este autor é o primeiro que utiliza “direitos do homem” da forma como será mais tarde utilizado por outros autores. O pensamento de Hobbes, apesar de trazer importantes elementos para o direito natural, trás elementos importantes para o positivismo jurídico⁵.

⁴, Segundo Hobbes (2008, p. 143) este autor “*A causa final, finalidade e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver em repúblicas, é a precaução com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra, que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito e os forçar, por medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos e à observância das leis da natureza (...)*”. Para o autor essas leis poderiam ser resumidas na máxima “*fazer aos outros o que queremos que nos façam*” (p. 143). Na obra em análise deve-se observar o capítulo XII, no qual o autor discorre sobre o estado natural dos homens e como tal estado gera a necessidade do controle estatal. Os homens eram levados para a paz através de paixões como o medo da morte, e as vantagens de conseguir o que é necessário para uma vida confortável através do trabalho (p. 111).

⁵ Sobre o assunto vide: Simone GOYARD-FABRE. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. p. 77 e ss.

Se, para o referido autor, o contrato social justifica o Estado Absoluto, para Locke a mesma tese é usada contra o Absolutismo. O estado natural para este último filósofo possui vantagens que devem ser protegidas do Estado através do contrato social. O homem possui direitos anteriores à criação do Estado⁶, por causa do contrato firmado entre os homens e o poder, ele mantém esses direitos que são oponíveis contra o soberano. Com esse autor a defesa dos direitos naturais se torna a finalidade da sociedade civil e elemento legitimador do Estado (SARLET, 2007, p. 48).

Desse modo, junto com a doutrina de Rousseau, observa-se a criação da primeira dimensão dos direitos fundamentais, que possuem a função de proteger o indivíduo da tirania do Estado absoluto. Esse autor influenciou a Declaração dos Direitos do Homem, o que é perceptível quando se observa que esta se apoderou da idéia de igualdade e liberdade de Rousseau. A Declaração parte do mesmo ponto de partida do livro célebre do referido autor, mas recebe outras influências, como do modelo de Estado de Montesquieu, que preza pela divisão do poder, logo que para os autores iluministas, a concentração de poder era daninha para a preservação dos direitos do homem (RIVERO; MOUTOUH, 2002, p. 41).

Os direitos nascidos nessa época tinham caráter de resistência, pois atacavam uma situação específica de opressão a uma nova classe social. Essa classe necessitava da proteção de certas liberdades para se desenvolver, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada. Desse modo, tinham-se direitos oponíveis contra o Estado. Este não era visto como provedor, mas sim como inimigo da condição natural do homem.

Outros autores de outras nacionalidades influenciaram a doutrina dos direitos fundamentais. Na América, Thomas Paine popularizou o termo "direito dos homens", e na Alemanha, Kant, influenciado por Rousseau, determinava que os direitos naturais fossem englobados pelos direitos de liberdade (SARLET, 2007, p. 48).

⁶ Para Locke (2001, p. 382) o estado de natureza é um estado de *perfeita liberdade* dos indivíduos de regularem suas ações e disporem de suas propriedades da forma que achassem melhor. Este estado também era de igualdade, na medida em que as criaturas nascidas da mesma espécie e posição eram sujeitos de todas as vantagens da natureza e utilizá-las da mesma forma, deste modo, elas eram iguais umas às outras, sem haver relações de subordinação.

O novo Estado era formado para preservar o que o homem possuía e o contrato social era para recriar a igualdade inicial. De acordo com isso o homem deveria ser igual a todos perante a lei⁷.

Após a Declaração, os direitos que essa professava deveriam ser inseridos em uma Constituição, que era uma forma de limitação do poder estatal. A Constituição era criada atendendo a vontade popular e deveria enumerar os direitos dos homens e dos cidadãos e limitar a forma de organização e atuação do Estado⁸.

A tríade vida, liberdade e propriedade, foram complementadas posteriormente por direitos de liberdade coletiva, como o direito de livre associação, expressão, e por direitos de participação política.

A categoria dos direitos fundamentais de primeira dimensão tem uma característica subjetiva preponderante, ligada a uma função de defesa ou uma função negativa. Esses direitos são considerados *self executing*, ou seja, independente de ações concretizadoras ou densificadoras por parte do Estado. Tais direitos geram, na maioria dos casos, um direito subjetivo exigível judicialmente, contudo isso não elimina a possibilidade de direitos considerados de primeira geração não gerarem ações afirmativas por parte do poder público (CANOTILHO, 2002, p. 376).

A primeira dimensão dos direitos fundamentais esforçou-se para afastar o Estado hipertrofiado da sociedade, aprimorando um modelo estatal limitado e pouco influente. A concepção liberal falhou em não cuidar de como o Estado deveria agir para que o cidadão desfrutasse dos direitos que lhe eram concedidos por sua própria natureza.

2.3. Concepção de direitos humanos como direito natural

⁷ Vide Jean-Jaques ROUSSEAU, **Do Contrato Social**. p. 9. Sobre a influência de Rousseau sobre a Declaração de 1789 ver Jean RIVERO e Hugues MOUTOUH, **Liberdades Públicas**, p. 41.

⁸ A Declaração de 1789 foi uma forma de pré constituição, baliza para a constituição de 1791. O constitucionalismo francês baseava-se na supremacia da lei e moldou a estrutura legal aplicada hoje em dia em que há a hierarquia das normas, a primazia do estado foi trocada pela primazia da legalidade. Na França o modelo de declaração foi definitivamente abandonado no século VIII, mas as suas ideias foram desenvolvidas nas constituições vindouras e influenciaram diversas constituições estrangeiras, o que formava a identidade do período no qual o liberalismo teve força. (RIVERO; MOUTOUH, 2002, p. 70).

Os direitos fundamentais seriam, em uma concepção natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem, e constituiriam um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica. Para Vieira de Andrade (2010, p. 22), ela se adaptou com tempo e é a ela que se ainda recorre quando há dificuldades na aplicação das normas positivas. O mesmo autor, e também Jorge Miranda (2012, p. 67), separam os direitos fundamentais positivados daqueles que são direitos naturais.

Ambos os autores concordam que os direitos imediatamente conexos com a dignidade humana, radicam no direito natural. Ao trabalhar com esses direitos, os autores os separam do direito positivo: há a existência de direitos naturais no que tange os direitos humanos (direitos fundamentais), e eles seriam mais restritos que os direitos positivados.

O jusnaturalismo moderno trata dessas questões, onde é possível partir de uma fundamentação objetivista, na qual as posturas doutrinárias apontam para a existência de uma ordem de valores independente da experiência dos indivíduos de forma absoluta e universal. Autores como Edmund Husserl, Max Scheler e Nicolai Hartmann defendem uma teoria da ética material dos valores (LUÑO, 1983, p. 15).

Já autores como Sergio Cotta, John Finnis, Martin Kiehl e Louis Lachance se reportam à tradição de direito natural antiga com o intuito de recuperar a ligação entre o ser e o valor. Para estes, em especial Lachance, considera-se que o homem possui, de maneira inata, uma dignidade própria e que essa ideia seria o estopim para a justificação dos direitos humanos. São direitos naturais e espontâneos que a razão humana capta e formula. Martin Kiehl usa a dignidade humana para tanto. As teses objetivistas desejam basear os direitos humanos em valores objetivos que não podem ser discutidos por serem evidentes, metafisicamente. Procuram um elemento universal e imutável alcançável pela razão humana (LUÑO, 1983, p. 16).

No Subjetivismo axiológico, pressopõe-se a autonomia humana como fonte dos valores, onde a consciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade são a base para a construção do direito natural. Com John Rawls (2002, p. 602), os direitos naturais são absolutos no sentido de conjunto de liberdades básicas que só poderiam ser restringidas para proteger a fruição da liberdade de todos. A visão de John Rawls tem a vantagem de não ser baseada em uma concepção metafísica, mas sim em um argumento contratualista com sólida argumentação racional (DWORKIN, p. 2002).

Já em Habermas, tem-se que sua teoria não é compatível com o jusnaturalismo ontológico, longe da percepção histórica e puramente racional. Sua concepção de direito natural é fundada no conjunto de valores jurídicos que são descobertos pela própria avaliação histórica. Os direitos humanos se fundamentam em uma antropologia naturalista que observa a natureza do mundo, da consciencia e dos homens (LUÑO, 1983, p. 47).

Perez Luño (1983) conclui, de forma semelhante a Villey (2007), que os direitos humanos são uma versão moderna da ideia tradicional de direitos naturais e que eles apresentam o avanço no processo de positivação, já que, como será visto neste estudo, as constituições os trazem sistematicamente⁹.

3. POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E CRÍTICA DO POSITIVISMO

3.1. Transposição dos direitos humanos para as constituições nacionais

Como resultado da filosofia política e das revoluções que marcaram o séc XVII, a doutrina de direitos humanos passou a fazer parte das constituições. Tais direitos passam a fazer parte do direito positivo, a maior parte das constituições traz um rol de direitos fundamentais.

Os direitos humanos podem ser entendidos de forma distinta dos direitos fundamentais, estes somente podem ser chamados como tais se positivados na constituição, gerando as devidas consequências jurídicas. Segundo Canotilho (2002, p. 353), a positivação é a incorporação no ordenamento constitucional daqueles direitos universalmente atrelados à condição humana.

Ainda assim, os direitos humanos foram frutos de uma longa evolução, que transcende o momento histórico de sua positivação. Desse modo, é válido o ensinamento de que os direitos humanos não são um dado, mas um construído de todo o processo histórico atribulado, no qual os direitos são conquistados por meio de luta e ação social¹⁰.

⁹ Sem o mesmo pessimismo e proposta de retorno ao direito romano.

¹⁰ Sobre a construção dos direitos humanos vide Hannah ARENDT, **Origens do Totalitarismo**. Ver também Flavia PIOVESAN, **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos** in Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124. p. 44

Tais direitos não foram completamente esquecidos no século XIX. A Declaração dos Direitos do Homem e as constituições francesas de 1793 e 1848 tratavam de direitos que exigiam prestações do Estado, como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros. Fora da França, a constituição alemã de 1849 e a brasileira de 1824 também abarcavam direitos que mais tarde seriam considerados sociais¹¹. Contudo, a previsão ainda arcaica desses direitos não impediu a ruína da sociedade liberal no início do século XX.

A harmonia liberal mostrou-se falsa e deflagraram graves desigualdades, mostrando que o novo modelo de Estado não poderia ser pautado pela política da não-intervenção no domínio privado, os indivíduos não eram iguais naturalmente como a doutrina liberal preconizava, eles necessitavam da participação da Administração Pública para fornecer aquilo que a sociedade no âmbito privado não concedia.

Cabia ao Poder Público dar aos indivíduos meios para poderem ser iguais na sociedade, assim, os direitos fundamentais se transformaram: de direitos subjetivos somente, passaram a ter uma perspectiva objetiva que vincula e obriga a ações positivas.

Após as revoluções que marcaram o início da Era Contemporânea, logo se percebeu que os direitos reivindicados pelos pensadores liberais eram direito de poucos. As liberdades eram usufruídas por quem tinha meios financeiros para tanto, eles dotaram a classe social burguesa de poderes para se desenvolver sem a influência maléfica do Estado Absoluto.

Logo, a doutrina dos direitos fundamentais foi combatida e criticada por uma nova visão de sociedade que se formava na época; autores como Marx mostraram que a história do homem era material e os direitos considerados naturais e racionais eram apenas reflexo das infraestruturas econômicas e expressão do poder da classe social dominante. Tais direitos passaram a ser encarados como forma de dominação das classes exploradas (RIVERO; MOUTOUH, 2002, p. 81).

O marxismo, que se desenvolveu entre o final do século XIX e o início do século XX, deu uma nova forma de encarar a sociedade e a função do Estado para esta. Isso foi percebido em algumas cartas constitucionais que tentavam conciliar as duas dimensões de direitos: a primeira, com seus direitos de defesa e a segunda, latente na época, que exigia um Estado intervencionista.

¹¹ Vide Ingo Wolfgang SARLET, **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 57 e ver também Jean RIVERO e Hugues MOUTOUH, **Liberdades Públicas**, p. 53.

Tais direitos surgiram nas constituições nacionais a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, e apesar de ser considerada a precursora, a constituição de Weimar, de 1919, veio depois da Constituição Mexicana 1917¹², que foi realmente a primeira constituição nacional a tratar de direitos sociais.

Tal Constituição previa, além dos direitos fundamentais de primeira dimensão, no primeiro capítulo, direitos de cunho social concentrados no art. 27 e 123; o primeiro tratava da questão agrícola¹³ que fundamentou a revolução mexicana, e o outro tratava dos direitos trabalhistas e da previdência social¹⁴. Além desses direitos, outros estavam presentes, dispersos no corpo da constituição, entre esses, destacavam-se a proteção da instituição familiar, direito à saúde, direito à moradia digna, proteção das crianças e adolescentes, direito ao trabalho e ao produto que dele resulta, proibição de limites à liberdade impostos por meio de contratos e direitos de natureza econômica como a vedação de criação de monopólios.

Apesar de seu pioneirismo, a Constituição Mexicana não foi muito influente, pois seus avanços no direito trabalhista advinham de dispositivos de textos legais de outros países, como Bélgica, França, Itália e Estados Unidos. Tais direitos eram uma preocupação global que nascera, como afirmado acima, junto com o pensamento socialista em reação às péssimas condições de trabalho a que os operários eram submetidos. Outro fator que obscureceu a influência da constituição mexicana é que a condição agrária era bastante peculiar, e por isso não podia ser facilmente transposta para outras realidades.

Já a Constituição de Weimar obteve muito mais repercussão para os países que procuravam seguir um modelo de Estado Social. Tal constituição, assim como a constituição mexicana, foi elaborada em período conturbado para a história de seu país de origem. A Alemanha deixava de ser uma monarquia para se tornar uma república. E apesar dos avanços

¹² A Constituição Mexicana foi fruto de um movimento revolucionário iniciado a partir de 1910, na qual alguns liberais se uniram aos camponeses contra o governo ditatorial de Porfírio Dias, e buscava a proibir a reeleição do presidente, a devolução de terra aos povos indígenas, a nacionalização das grandes empresas e bancos, a consolidação de direitos trabalhistas, reforma agrária e a separação entre a igreja e o estado. Apesar da promulgação da constituição em 1917, isso não significou o fim da revolução que se seguiu por mais vinte três anos. (COMPARATO, 2007, p. 177; PINHEIRO, 2006. p. 107).

¹³ O México no período do início do século XX ainda não possuía uma forte industrialização que fundamentasse um clamor de origem operaria, contudo esse clamor foi substituído pela classe camponesa que reivindicava melhores condições e por jovens generais e líderes revolucionários como Zapata (COMPARATO, 2007, p. 182; PINHEIRO, 2006. p. 112).

¹⁴ A Constituição Mexicana foi a primeira a realmente desmercantilizar o trabalho, este não deveria ser visto como mera mercadoria, o que é observado nos direitos trabalhistas previstos na carta capital mexicana, contudo por ser um país fortemente agrícola, este direito eram aplicados a uma parcela pequena da população. (COMPARATO, 2007, p. 181).

para o rol dos direitos humanos reconhecidos pelo direito positivo, tal constituição não foi hábil em evitar o surgimento do Terceiro Reich¹⁵.

O caos gerado na Alemanha pela participação na Primeira Guerra Mundial levou a reforma constitucional de 1918, que deu início à criação de uma nova carta política, com a instituição do parlamentarismo no país. Isso culminou com a abdicação do imperador e a criação de uma assembleia constituinte na cidade de Weimar. Apesar da convocação de eleições para a assembleia constituinte, a fragmentação política na Alemanha impediu a formação de um grupo político majoritário para a confecção de uma carta capital (COMPARATO, 2007, p. 190).

A constituição promulgada em 1919 era dividida em dois livros; o primeiro tratava da organização política, o segundo tratava dos direitos fundamentais. Tal constituição tinha o rol de direitos fundamental mais estruturado que a constituição mexicana, além de trazer fórmulas mais universais e aplicáveis aos demais países. Isso fez com que a carta de Weimar tivesse maior influência que sua precursora. Também possuía em seu rol de direitos previsão para a função social da propriedade, uma estrutura avançada de prestação do direito à educação, previa um sistema de previdência social, além de trazer um capítulo sobre a vida econômica (COMPARATO, 2007, p. 194; PINHEIRO, 2006. p. 121).

A partir da década de 60, surge a discussão de novas dimensões dos direitos fundamentais, dimensões que buscam amenizar as desigualdades entre os continentes e lidar com novas problemáticas como a defesa do meio ambiente (ANDRADE, 2010, p. 63).

O século XX foi marcado por uma rápida evolução tecnológica, a qual possibilitou fenômenos como a globalização econômica e a formação de uma sociedade global ligadas por meios eficientes de comunicação. O volume imenso de informação é transferido pelos cidadãos de forma rápida e sem se limitar por fronteiras nacionais. As

¹⁵ No reinado de Guilherme II a Alemanha experimentou certo crescimento industrial e econômico, tal desenvolvimento incentivou a participação deste país na primeira mundial, contudo o crescimento econômico não foi suficiente para se igualar as demais potências da época, e a participação em um conflito com a magnitude de uma guerra mundial ocasionou uma grande crise econômica e social. O governo alemão tinha se preparado para uma guerra curta e não foi o que ocorreu, somado a isso tal país foi derrotado na guerra e sofreram as consequências de um severo bloqueio naval inglês, além dos ditames do Tratado de Versalhes, tudo isso gerou um verdadeiro caos interno que influenciou grupos políticos socialistas que, influenciados pela experiência russa, atuaram para as rebeliões e movimentações que agiram para criação da constituição de Weimar. Por outro lado o caos do pós guerra e insucesso de Weimar como carta política proporcionou a criação do estado nazista anos mais tarde (PINHEIRO, 2006. p. 113).

mudanças são tão profundas que o juiz da suprema corte americana Alex Kozinski discursou que frente ao advento da internet, certos direitos e garantias fundamentais são ineficientes¹⁶.

A crescente poluição e a tecnologia biológica que permite a modificação genética levam ao reconhecimento de que a sociedade atual é uma sociedade de risco ou de desaparecimento, já que, pela primeira vez na história, humana têm-se meios de inviabilizar a vida no planeta. A isso, soma-se o enfraquecimento da soberania do Estado nacional, que depende de empresas multinacionais e de outros países para prover a subsistência de seus cidadãos, na medida em que as atividades econômicas e sociais na atualidade são realizadas em vários estados diferentes, inclusive atividades ilícitas. Há também o enfraquecimento do Estado enquanto administração interna, pois o modelo atual ainda encontra dificuldades em lidar com a diversidade, deixando de representar grupos minoritários (ANDRADE, 2010, p. 63).

As novas dimensões de direitos fundamentais passaram a encarar não mais o indivíduo, mas, sim, o grupo humano do qual faz parte, o titular dos novos direitos seria a própria espécie humana. E sua efetivação não mais depende somente do Estado, mas também de toda a sociedade.

Por isso, a terceira dimensão de direitos foi chamada de direitos de fraternidade, em homenagem a classificação adotada, com base no famoso lema da Revolução Francesa, de chamar a primeira de direitos de liberdade e a segunda, de direitos de igualdade. O rol dessa categoria de direitos fundamentais seriam os direitos ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio-ambiente saudável, direito a comunicação e direito ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2003, p. 569).

Já Etienne-R Mbaya (1997, p. 28) utiliza o termo solidariedade em vez de fraternidade. Esse autor formulou o ideal de direito ao desenvolvimento e sua titularidade

¹⁶ O juiz da suprema corte Alex Kozinski analisou alguns casos nos quais mostrou a ineficiência da aplicação da primeira emenda da Constituição do Estados Unidos da América na internet, em discurso proferido na Pepperdine University em simpósio realizado em 4 de abril de 2008, com a temática de analisar se a teoria da direito era suficiente para lidar com os problemas do novo milênio. Em tal discurso ele defende que a internet é um espaço no qual o direito positivo estatal não tem alcance e deste modo os direitos fundamentais contidos na primeira emenda não podem ser defendidos. A primeira emenda da Constituição Americana tem o seguinte conteúdo, *in verbis*: “O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício das mesmas; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas” (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*).

pode ser tanto individual como da própria nação. Essa característica desses direitos de poderem ser reduzidos a um indivíduo e a uma coletividade faz com que José Carlos Vieira de Andrade (2010, p. 65) os chame de direitos circulares, possuindo uma forte concepção objetiva.

As novas categorias de direitos fundamentais mostram-se como um desenvolvimento deduzido do direito à dignidade humana, e o direito à identidade genética e à preservação da imagem, como uma atualização dos direitos de liberdade.

Os direitos de quarta dimensão para Bonavides, seriam o direito à democracia direta, ao pluralismo e à informação¹⁷. A proposta desse autor parece mais inovadora logo que os direitos contra os abusos da biotecnologia são na verdade novas aplicações dos direitos de defesa.

Estes direitos estão presentes de forma tímida no direito positivo e eles ainda gravitam na esfera internacional, na qual permanece o debate a respeito desse tema que é alvo de vários tratados, convenções e demais documentos transnacionais.

3.2. Concepção positivista de direitos humanos e crítica ao direito natural.

Não tardou, no entanto, para que a concepção jusnaturalista de direitos humanos fosse atacada. A própria separação entre o direito e a lei divina fundamenta mais tarde o positivismo, que se tornou matriz filosófica do século XIX. O primeiro ataque que a doutrina racional de direitos humanos provenientes da natureza teve foi através de David Hume, para este era impossível legitimar a autoridade política através da razão. Pela primeira vez se confronta a questão da artificialidade do universalismo da natureza humana: não tinha como existir uma razão homogênea (HAARSCHER, 1997, p. 98). A razão tinha utilidade de forma

¹⁷ Para o Bonavides a proposta dos direitos de quarta dimensão é universalizar os direitos dentro das instituições, o rol destes direitos levam a concretização máxima dos demais direitos, eles se convertem em infra-estrutura aos demais direitos e seu ápice é o direito a democracia, que para o autor deve ser sempre direta. Paulo BONAVIDES, Ob. Cit. p. 572

descritiva, o que ela pode fazer é descrever um determinado dado e não determinar se ele era correto ou não¹⁸.

Outra forma utilizada para contrapor o universalismo do direito natural era a visão do historicismo, cada povo possuía desenvolvimento distinto dos demais e por isso não seria possível a generalização. Outro aspecto importante era a visão pessimista da história: esta seria irracional e trágica (BOBBIO, 1995, p. 49). A doutrina dos direitos humanos demonstrava um etnocentrismo ocidental¹⁹ o que mascara uma dominação cultural e religiosa. Para os positivistas a pretensão de legitimar o Estado através da razão falhou, a ordem jurídica política era imposta pela vontade e a razão só poderia servir de instrumento para isso. Daí que surge a dificuldade de estabelecer o conceito de direitos do homem: o elenco de direitos fundamentais não é imutável, ele sofre modificações com o tempo; o rol é de tal forma heterogênea que insere direitos antagônicos entre si (BOBBIO, 1992, p. 15).

Em a questão judaica, Marx (1989, p. 21) discute a questão dos direitos do homem. Sobre o assunto, Bauer coloca que a ideia de direitos do homem foi descoberta somente no mundo cristão, após o século XVII. Não se trata de uma ideia inata ao homem, mas foi fruto de luta contra as tradições históricas. Deste modo os direitos do homem não são advindos da natureza, como a escola clássica do direito natural pretende, mas o efeito das lutas contra as desigualdades existentes no mundo e perpetuada na história.

Mesmo discordando desta visão, Karl Marx critica as declarações de direitos do homem na medida em que transforma o homem em indivíduo encastelado, longe da participação política. O autor aponta que o direito individual leva o homem a entender a vida em sociedade como uma limitação de sua liberdade e não a sua realização. Precisou anos de evolução histórica para se ter direitos de natureza coletiva.

Os direitos fundamentais seriam fruto da construção histórica, variável para cada cultura. Desse modo, é válido o ensinamento de que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, de todo o processo histórico atribulado, no qual os direitos são conquistados por meio de luta e ação social²⁰. É importante notar que no positivismo os

¹⁸ Essa concepção de Hume é bem descrita pela frase: “’Tis not contrary to reason to prefer the destruction of the whole world to the scratching of my finger. ’Tis not contrary to reason for me to chuse my total ruin, to prevent the least uneasiness of an Indian or person wholly unknown to me.” (HUME, 1896, p. 283).

¹⁹ Os direitos humanos ainda hoje sofrem essa crítica por pensadores de países periféricos, uma concepção relativista acaba por favorecer o discurso dessas nações.

²⁰ Ignacy Sachs (1998, p. 149) leciona também neste sentido: “Nunca é demais insistir no fato de que esse aumento de direitos é o resultado de lutas, e que muitas vezes eles são conquistados nas barricadas, num

direitos fundamentais seriam aqueles positivados na constituição, gerando as devidas consequências jurídicas.

De acordo com a teoria positivista, o fundamento do direito não é transcendental à sociedade e ao indivíduo, mas se encontra no pressuposto lógico de que as leis são válidas e devem ser obedecidas, quando forem editadas segundo um processo de criação das normas, determinado pela sociedade, e pela autoridade competente, legitimada de acordo com princípios também anterior-mente estabelecidos e aceitos. É a explicação formal da validade do direito (COMPARATO, 1997, p. 10).

4. APONTAMENTOS PARA ATUALIDADE DOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS:

Os direitos humanos são uma ideia da qual não é mais possível abandonar, sua adoção nos diversos ordenamentos jurídicos e sua adoção no direito internacional mostram sua importância e atualidade. Há, todavia, excesso de direitos humanos: novas gerações e novos bens a serem protegidos.

Eles possuem um aspecto curioso, eles constituem uma reserva de idealismo, pois, uma vez morto, o cristianismo como fundamento do direito, e desaparecida a fundamentação através da sabedoria antiga, seria interessante atribuir à sociedade algo em seja possível acreditar. Assim sendo os direitos humanos constituem em uma espécie de religião para a atualidade: a religião dos direitos humanos²¹.

Eles tiveram sua criação com o direito natural, contudo, foram adotados pelo direito eminentemente criado pelo Estado, a ponto de serem entendidos como direitos concedidos pelo poder à população. Entretanto, é importante estabelecer seu fundamento pela justificativa de que tal fato tem o condão de determinar seus efeitos , dentro de um ordenamento jurídico. Como citado outrora, os direitos fundamentais constituem a forma de sobrevivência do direito natural no tempo e mantem às características desta escola com diferente roupagem.

processo histórico pleno de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e bandeiras de luta antes de serem reconhecidas como direitos”.

²¹ Epílogo no livro citado de Michel Villey (1997, p. 167).

Mesmo com diferentes formas, os direitos fundamentais, na perspectiva jusnatural, são vistos como universais e ligados a ser humano. Não se pode negar que os direitos humanos têm um elevado grau de universalidade, afinal eles devem atender a todo indivíduo da raça humana. A universalidade funciona quando esses direitos são pensados de forma muito abstrata. A partir do momento em que são aplicados e quanto mais referidos a dados reais e mais concretizados, tanto mais relativos e contingentes se tornam. Direitos como a vida e a dignidade humana, de forma abstrata, adequam-se a uma fórmula universal, os problemas surgem quando se determina o conteúdo. Por isso, os direitos humanos não valem de forma absoluta, não se podendo, por seu intermédio, superar totalmente o relativismo. Eles são precisamente direitos de homens e para os homens (KAUFMANN, 2010, p. 267).

Os direitos fundamentais podem ser fundamentados de várias formas: jusnaturalista, historicista e ética. Ou seja, os direitos podem adotar uma base positivista, alegando que esses direitos foram construídos ao decorrer do tempo e que isso será refletido em cada Estado. Também é possível justificar a existência de direitos humanos fora do direito estatal, alegando uma ligação ontológica ou antropológica com o ser humano. E por último, a justificativa meramente axiológica também é possível (LUÑO, 1995). No decorrer do século XX vimos vários autores à adotárem.

Em a Era dos Direitos, Bobbio (1992, p. 23) adota a visão de abandonar a ideia de um fundamento absoluto, em prol de se ter vários argumentos diversos, os direitos fundamentais são relativos e históricos, o que permite a diversidade de alicerces. Para o autor com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a sua assinatura pela maioria dos países do mundo, já mostra um consenso do que seriam direitos universais, mesmo que o documento não possua valor cogente.

Apesar de não fazer menção direta a essa problemática, Alexy (2001) aplica aos direitos fundamentais uma estrutura de princípios *prima facie*, o que permite uma maior elasticidade com o conteúdo dos direitos fundamentais, o que dá mais elasticidade ao juiz na resolução de casos concretos. Não só ele, os avanços de uma nova hermenêutica entendem que a estrutura dessas normas é diferente das demais²². Direitos com grande grau de abstração não funcionam, se aplicados na perspectiva positivista clássica, e desta forma as normas de direitos fundamentais vistas como universais são problemáticas quando aplicadas ao caso

²² Ver também: Riccardo GUASTINI. **Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.** e Aulis. AARNIO. **Las reglas en serio.**

concreto. O papel do juiz ampliado para a criação de um direito dialético torna a divisão entre o direito positivo e o direito natural ultrapassada: o direito efetivo mescla os elementos dispostos para a decisão.

Perelman (1996, p. 392) também abandona a ideia de fundamento absoluto para adotar uma ideia de consenso fundamentado na argumentação dialética. Isso ocorre por que não há possibilidade de encontrar um fundamento absoluto nem no jusnaturalismo, nem no positivismo. Mesmo ao adotar o consenso, o autor não se filia à segunda corrente, pois reconhece a falha desta enquanto a procura teórica e prática por princípios aumenta. O positivismo não é apto a aplicar conteúdos axiológicos, ele foi criado de forma analítica e adota uma lógica dedutiva em que as normas são criadas como soluções de problemas matemáticos.

O problema recai na questão da abstração e aplicação destes direitos. É fácil encontrar um consenso quando se formula princípios básicos: esses princípios serão interpretados e densificados de forma diversa em cada lugar. Por isso que esses direitos devem ser determinados dessa maneira. O consenso deve ser alcançado por meio de um auditório universal para alcançar o que é razoável, mas como é uma abstração, ela deve remeter a uma antropologia, a uma teoria do homem. Dessa forma poderia uma teoria dos direitos humanos ligada a uma dialética do razoável (PERELMAN, 1996, p. 393).

5. CONCLUSÃO

A diversidade de entendimentos sobre como fundamentar os direitos humanos já mostra a impossibilidade de adotar um fundamento único e absoluto. É perceptível também a dificuldade de se separar esses direitos de sua matriz filosófica, que é a doutrina do direito natural criada no século XVII. Mesmo com a adoção desses direitos pelo positivismo, a fundamentação no direito válido estatal não apagou o significado que as normas carregavam. Pelo contrário, houve uma ampliação dos direitos fundamentais para outras áreas, e para conceder novas formas de vinculação do Estado a esses direitos.

Eles deixam em um primeiro momento de serem direitos meramente individuais para se tornarem direitos coletivos também, entretanto, muitas vezes, esses direitos encontram

problemas de aplicação, logo que os direitos fundamentais nasceram dentro da doutrina vigente no século XVIII. A doutrina atual em relação a esses direitos tem a tendência a fortalecê-los em torno da liberdade e em torno da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre, em parte, por que esses direitos possuem uma ligação com uma ideia de ser humano. Nesse sentido o direito natural é muitas vezes utilizado como forma de assegurar um mínimo de direitos por parte do Estado.

Como foi visto, mesmo em um pensamento no qual há a previsão de consenso, é necessário um arquétipo arqueológico ou ontológico do que é o ser humano. A questão de aplicação da universalidade é passível de resolução através de uma adoção de direito dialética, o que não significa a adoção completa do conceito de direito previsto na antiguidade. Mas como o século XX mostra, é possível adotar novas estruturas normativas e novas formas de aplicação que não sejam puramente dentro da lógica dedutiva positivista.

No que tange direitos sociais, Alexy determina que também sejam aplicados como princípios, de forma que seja possível a sua conformação ao caso concreto e sua ponderação no que for necessário. Princípios ligados a dignidade humana, nesse caso, servem como limites a atuação do Estado, mas não de forma absoluta. Isso não seria possível por que cairíamos no problema da universalidade.

Para o problema do fundamento dos direitos humanos, adota-se o entendimento de que a adoção de um fundamento único engendra dificuldades lógicas: um fundamento único não é capaz de abarcar a diversidade humana, somente em termos abstratos. Contudo, dentro de uma teoria dialética, deve-se buscar uma teoria do ser humano no sentido de se buscar o abstrato, para nele se conseguir o resultado à aplicação.

Bibliografia

AARNIO, Aulis. “Las reglas en serio”. In: AARNIO, Aulis VALDÉS, Ernesto Garzón, UUSITALO, Jyrki. La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

BILLIER, Jean-Cassien e MARYIOLI Aglaé. História da Filosofia do Direito. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Positivismo Jurídico. Tradução: Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 1.ªed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Disponível em:

http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2247 Ultimo acesso em 20 de setembro de 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. Fundamentos dos Direitos Humanos. In Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em:
<http://www.iea.usp.br/textos/comparatodireitoshumanos.pdf> Ultimo acesso em 20 de setembro de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina: Coimbra, 2002.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Último acesso em 20 de setembro de 2012.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Traducción: Jordi Ferrer i Beltran. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAARSCHER, Guy. A Filosofia dos Direitos do Homem. Tradução Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUME, David. Treatise of Human Nature. Oxford: Clarendon Press, 1896.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Tradução: António Ulisses Cortês. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre Governo. Traduzido por Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARX, Karl. A Questão Judaica. Tradução: Artur Mourão. Lisboa: Lusosofia Press.

Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/marx_questao_judaica.pdf Último acesso em 20 de setembro de 2012.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos do Homem frente à diversidade de culturas. Estudos avançados. São Paulo, v. 11, n. 30 1997.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=en&nrm=iso. Último acesso em 20 de setembro 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri, A Constituição de Weimar e os Direitos Fundamentais Sociais. In: Revista de Informação Legislativa, n 169. p. 101 – 126.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. In Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), nº 35, septiembre-octubre, 1983

_____. Los Derechos Fundamentales. 6ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1995

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flavia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos in Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIVERO, Jean, MOUTOUH, Hugues, *Liberdades Públicas*. Traduzido por Maria Ementina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Do Contrato Social”. In: MORRIS, Clarence (org). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SACHS, Ignacy. Em busca de novas estratégias de desenvolvimento. in *Estudos Avançados* , São Paulo, v. 9, n. 25, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300004&lng=en&nrm=iso>. Último acesso em 01 de Setembro de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VILLEY, Michel. *Direito e Direitos Humanos*. Tradução Maria Ernantina de Almeida Prado Gaivão. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2007.