

## A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS<sup>7</sup>

Rogério Gesta Leal\*

Daniela Menengoti Ribeiro\*\*

### RESUMO

Pretende-se, neste ensaio, abordar os fundamentos filosóficos dos direitos humanos no Ocidente enquanto razões de sua justificação eficaz, considerando, para tanto, a interlocução com marcos teóricos clássicos e contemporâneos na matéria. Tais elementos são relevantes para se ampliar o leque de possibilidades de concretização destes direitos no âmbito da jurisdição.

Palavras-chave: Direitos humanos. Jusnaturalismo. Positivismo.

---

\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito; Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor Visitante da *Università Túlio Ascarelli – Roma Trè*, *Universidad de La Coruña – Espanha*, e *Universidad de Buenos Aires*; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM); membro da Rede de Direitos Fundamentais (Redir), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, DF; Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM), Brasília, DF; membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira; rleal@unisc.br

\*\* Professora e pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutoranda em Direito/Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na *Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne – França*; bolsista CNPq no mestrado e no doutorado; Mestre em Direito/Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina; daniela.ribeiro@unoesc.edu.br

<sup>1</sup> Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais*, desenvolvido junto ao Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e ao Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, da mesma Instituição.

## 1 O JUSNATURALISMO COMO PRIMEIRA REFERÊNCIA TEÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos principais fundamentos dos direitos humanos, ao longo da história do Ocidente,<sup>8</sup> é o jusnaturalismo, corrente ideológica que tenta explicar o fenômeno jurídico no contexto das sociedades liberais.

Desde o seu alvorecer até princípios do século XIX, pode-se dizer que toda a filosofia do Direito é tratada pela doutrina do Direito Natural, e, este, no percurso do tempo, manifesta-se de diversas formas e matizes.

Assim, o direito natural, hoje associado ao reconhecimento dos direitos humanos, já pode ser notado na ilustrada versão clássica do mito sobre a Antígona, do dramaturgo grego Sófocles (496-405 a.C.), quando a personagem realiza todos os rituais fúnebres devidos em favor do irmão morto, como protesto ao descumprimento às ordens do governante, e em respeito a uma lei que se perde na origem dos tempos.

A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. (SÓFOCLES, 2003, p. 25).

Radbruch (1979) ensina que o direito natural da antiguidade gira em torno da antítese: natureza/normas; o da Idade Média, em torno da relação:

---

<sup>8</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos de origem ocidental, tem sua legitimidade questionada no mundo mulçumano, nomeadamente a partir da Revolução Islâmica do Irã, em 1979, que derrubou a monarquia pró-Ocidente, do Xá Reza Pahlevi, e instaurou República islâmica com contornos de teocracia de orientação xiita.

direito divino/direito humano;<sup>9</sup> o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo/razão individual.<sup>10</sup>

Verifica-se na história que o Direito Natural, em alguns momentos, apoiou o direito positivo, porém, em outras oportunidades, combateu-o. De qualquer sorte, o Direito Natural possui alguns traços fundamentais que podem ser alinhados da seguinte forma:

1º Todas estas concepções do Direito natural nos fornecem certos juízos de valor jurídico com um determinado conteúdo. 2º Esses juízos de valor jurídico têm sempre como fonte, ou a Natureza, ou a Revelação, ou a Razão, universais e imutáveis. 3º Tais juízos são acessíveis ao conhecimento racional. 4º Tais juízos, uma vez fixados, devem preferir às leis positivas que lhes forem contrárias; o direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo. (RADABRUCH, 1979, p. 62).

Em outras palavras, significa dizer que este Direito Natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo, por isto deve prevalecer sobre a norma positivada. E, de igual modo, os princípios gerais de direito, na medida onde exprimem-se princípios inerentes a todo o sistema jurídico, muitas vezes são considerados como tendo seu fundamento no direito natural.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> A Idade Média desenvolveu a doutrina de um direito natural que se identificava com a lei revelada por Deus a Moisés e com o Evangelho. Com S. Tomás de Aquino, no século XIII, apesar da resistência das correntes voluntaristas (Guilherme de Occam), ficou evidenciada a tese já enunciada por S. Agostinho, de que uma lei positiva, contrária ao direito natural, é injusta, não se constituindo numa verdadeira lei e, portanto, não obrigando os homens. É de se ter presente, nesta doutrina, sua motivação política: estabelecer uma resistência às leis do Estado que colidiam com os interesses da Igreja.

<sup>10</sup> Parece que é com a obra de Grócio (1625), que surgiu a ideia moderna de jusnaturalismo, asseverando que o direito natural é o fundamento de um direito que pode ser reconhecido como válido por todos os povos, ditado pela razão e independente não só da vontade de Deus como também da sua própria existência. Tal direito tem sua fonte de validade assentado na conformidade da razão humana. Este jusnaturalismo moderno, eminentemente racionalista, vai ter influência direta sobre a produção teórica dos filósofos dos próximos séculos (Locke, Pufendorf, Wolff, Rousseau, Kant, etc), bem como demarcará um modelo de preocupação jurídica, principalmente no âmbito do direito internacional.

<sup>11</sup> Nestes termos, a Corte Internacional de Justiça se manifestou no sentido de que: Qualquer que seja a posição doutrinária que se toma com relação a estes princípios, eles são considerados como emanações da lei natural ou como regras consuetudinárias, ou como os princípios constitucionais da comunidade jurídica internacional [...] "*Quelle que soit la position doctrinale qu'on prenne à l'égard de ces principes, qu'on les considère comme des émanations du droit naturel, ou comme des règles coutumières, ou comme des principes constitutionnels de la communauté juridique internationale [...]*" In: Cour Internationale de

Na história da filosofia do direito, o jusnaturalismo vem apresentado pelo menos por três matrizes políticas e teóricas, já citadas de forma indireta por Radbruch: a) a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; b) a de uma lei natural em sentido estrito; c) a de uma lei ditada pela razão, específica do homem que a encontra autonomamente dentro de si.

O que possuem de comum tais concepções é o pressuposto da existência de um sistema de normas logicamente anterior e eticamente superior ao do Estado, a cujo poder fixa um limite intransponível, o que significa dizer: as normas jurídicas e atividade política dos Estados, das sociedades e dos indivíduos que se oponham ao direito natural, qualquer que seja o modo como for concebido, são consideradas pelas doutrinas jusnaturalistas como ilegítimas, podendo ser desobedecidas pelos cidadãos.<sup>12</sup>

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social, embora diversamente entendidos pelos diversos pensadores da idade moderna, são categorias próprias do jusnaturalismo, encontrando-se tais institutos em grande parte da doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII.<sup>13</sup>

Nestas temos Celso Lafer destaque que,

O novo método dissociou, de maneira inédita, a retórica da Política e do Direito. De fato, para o jusnaturalismo moderno o Direito e a Política passaram a ser encarados como campos nos quais o discurso deixaria de ser persuasivo e convincente e passaria ser necessário, ou seja, capaz de obter um *certum*, passível de axiomatização. Por essa

---

Justice. *Droit de passage sur le territoire indien*. Arrêt du 12 avril 1960, opinião dissidente do Juiz Fernandez. Acesso em: 17 dez. 2011, p. 134-135.

<sup>12</sup> Bobbio (1993, p. 656). Nesse sentido, a contribuição de Carlos S. Nino é ilustrativa, senão vejamos: "*El iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.*" (NINO, 1989, p.16).

<sup>13</sup> O Estado, neste pensamento, tem a sua justificação racional desvinculada da história, pois fundada no contrato que lhe é imanente e legítima na medida em que se amolda aos termos racionais do próprio contrato, isto é, o Estado, para ser legítimo, devia se apresentar como se, em cada momento de sua existência, nascesse do contrato.

razão, o Direito deixou de ser encarado como *jurisprudência* (o que era para os romanos), ou como uma *interpretação* de textos (o que era para os glosadores medievais), e passou a ser entendido como *demonstratio*, a ser fundamentada num raciocínio analítico. (LAFFER, 2009, p. 277).

O autor ainda lembra que,

O Direito Natural laicizado difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito. A explicação *contratualista* ajusta-se à passagem de um Direito baseado no *status* para o Direito baseado no indivíduo, numa sociedade na qual começa a surgir o mercado e a competição. (LAFFER, 2009, p. 120-121).

Por outro lado, não se pode olvidar forma ingênua com que o jusnaturalismo avalia a própria história da humanidade, pelo fato de dar importância quase exclusiva à razão como elemento de desenvolvimento e organização social,<sup>14</sup> deixando de lado os aspectos políticos e econômicos da sociedade de então.

Mesmo no âmbito filosófico, a crítica kantiana da razão teórica demonstra que a razão não se constitui de um instrumental de categorias acabadas e perfeitas, nem tampouco de preceitos de moral ou estética aptos à aplicação imediata, mas, ao contrário, ela é um meio de se chegar até esses conhecimentos e normas. Em outras palavras, tais conhecimentos e normas se apresentam como um resultado da aplicação da razão aos dados provenientes da experiência, motivo por que terão uma validade limitada a estes dados, e não universal ou geral.

Neste aspecto, adverte Radbruch,

[...] certamente, poderemos conservar, se quisermos, a expressão Direito Natural, para designar com ela este conceito puramente categorial dum direito justo. Mas nesse caso não devemos deixar de separar, rigorosamente, esta noção como a de um direito natural de

---

<sup>14</sup> Nino (1993, p. 29), sobre o tema, diz que "los juristas racionalistas intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas matemáticos."

conteúdo variável ou de um direito cultural, da noção de um direito eterno e de conteúdo imutável. (RADBRUCH, 1979, p. 65).

No campo das ciências morais, é ilustrativa a posição de Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, segundo a qual, no conhecimento do justo e do injusto, não é possível atingir a mesma certeza a que chega o raciocínio matemático:

Cada tipo de afirmação, portanto, deve ser aceito dentro dos mesmos pressupostos; os homens instruídos se caracterizam por buscar a precisão em cada classe de coisas somente até onde a natureza do assunto permite, da mesma forma que é insensato aceitar raciocínios apenas prováveis de um matemático e exigir de um orador demonstrações rigorosas. (ARISTÓTELES, 1992, p. 18).

Desta forma, as especulações do jusnaturalismo contribuem para que se identifique o direito natural material a um direito natural formal (LASK, 1992, p. 64), isto é, a sua legitimidade e justiça com a sua positividade ou vigência. Em outras palavras, esta escola filosófica lega à cultura jurídica do Ocidente, entre outras premissas, a de que não se conseguirá assegurar ao direito positivo uma legitimidade independente, ao lado da do direito natural, motivo por que é necessário que se admita a absorção daquele por este- da realidade pelo valor, da ciência jurídica pela filosofia jurídica.

Revela-se diante disto o direito natural como um modelo conveniente às legislações positivas da modernidade, oferecendo um meio de levar a cabo uma reforma que não responda só ao espírito inovador da época, mas satisfaça igualmente as exigências práticas e técnicas de então,<sup>15</sup> todas vinculadas ao projeto de desenvolvimento estabelecido pela burguesia ascendente.

Estas demandas estão vinculadas à ruptura do modelo do direito comum romano/justiniano, que não mais dão a esperada certeza e estabilidade às emergentes relações sociais e econômicas. O jusnaturalismo, com uma teoria de um direito absoluto e universalmente válido, porque

---

<sup>15</sup> Como adverte Bobbio (1993, p. 659), a ideia de um sistema racional e universal de normas que se harmonizava com as tendências da cultura iluminista, tendente à racionalização e à sistematização de todos os aspectos da realidade e excludente das contribuições da tradição e da história, bem como de tudo aquilo que não parecesse ditado pela razão, se opunha de modo gritante à realidade da vida jurídica daquele tempo.

ditado pela razão, é capaz de oportunizar a edificação das bases doutrinárias para uma reforma racional da legislação.

Com isso, a história demonstra o desenfreado processo de dogmatização do direito e o afastamento das perquirições filosóficas sobre temas agora positivados.<sup>16</sup> Por outro lado, a relação entre natureza humana e norma jurídica é um pilar significativo à instituição de alguns direitos mais tarde denominados de fundamentais.

Se se procura no jusnaturalismo um dos fundamentos dos direitos humanos, mister é que se tenha em conta a advertência de , quando diz que *il problema del fondamento di un diritto si prospetta diversamente secondo che si tratti de cercare il fondamento di un diritto che si ha o di un diritto che si vorrebbe avere* (BOBBIO, 1992, p. 5).

E, em seguida, afirma o autor:

*Non c'è dubbio che quando in un convegno di filosofi, e non di giuristi, como il nostro, ci poniamo il problema del fondamento dei diritti dell'uomo, intendiamo affrontare un problema del secondo tipo - diritto che si vorrebbe avere-, ovvero non un problema di diritto positivo, ma di diritto razionale o critico.* (BOBBIO, 1992, p. 6).

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que é das preocupações teóricas e filosóficas do jusnaturalismo, somado a outros fatores, que se inspira a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, em cujos documentos se afirma que todos os homens são possuidores de direitos inalienáveis, como à vida, à liberdade; assim também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que proclama como direitos naturais a liberdade, a igualdade e a propriedade.

A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente

---

<sup>16</sup> "Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função no momento em mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecas ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo." (BOBBIO, 1993, p. 659).

secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos *estamentos* ou ordens das quais se originavam. (LAFFER, 2009, p. 123).

Neste sentido, a positivação das declarações nas constituições, que se derem a partir das Revoluções Americana e Francesa buscava conferir aos direitos uma dimensão permanente e segura. Por outro lado, é também inegável que este movimento de insurreição, alicerçado no direito natural, tem como pressuposto de homem o burguês, tornando-se possível aos emancipadores das colônias inglesas na América apelarem para o sentido da liberdade dos homens e manter a escravidão negra. Ora, os negros não são burgueses, e, portanto, não constituem problema da ordem jurídica.

Assim, o que é natural e a natureza para os jusnaturalistas do século XVIII, é a vida burguesa; e, uma vez que se instalam no Estado e ordenam a sociedade segundo o modelo do mercado, nada mais há que mudar; toda tentativa de fazê-lo é antinatural.

Dessa forma, o jusnaturalismo serve se justificar a autoridade que positiva o direito e a necessidade de haver direito; para tudo o mais, o jusnaturalismo é peça de museu.<sup>17</sup>

## 2 ÉTICA E DIREITOS HUMANO: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

Em nível de fundamentos, falar de direitos humanos significa reportar-se ao lugar da filosofia, *locus* de problematização do saber e de perquirição sobre o ser. Ser como fundamento, como razão, como possibilidade. Significa enfrentar as possibilidades da existência humana e da autenticidade ou inautenticidade dessa mesma existência.

---

<sup>17</sup> Interessante verificar a posição de Lopes (1988, p. 30), quando afirma que “[...] seria um erro pensar que o jusnaturalismo sucumbiu à idéia abstrata de justiça porque era a arma de combate da burguesia, que precisava de idéias assim para justificar a implantação do mercado concorrencial como eixo da sociedade, ou seja, aquela estrutura em que todos são igualados por força da mercadoria (produto) que se troca ou que se apropria [...] no fundo eles admitem o sistema de mercado como um dado natural e não como um dado histórico.”

A preocupação ética (como devemos nos comportar ou o que devemos fazer) no que tange aos direitos humanos está adstrita a determinados fundamentos que identificam opções e decisões como racionais, atrelados aos fins e objetivos do tema em questão.

Ocorre que mesmo estas posturas racionais podem advir como uma “razão que busca seus fundamentos no desejo, e o sistematiza em nome da autonomia, ou de uma razão que busca seus fundamentos na repressão, ou seja, da razão que racionaliza em nome da ordem e que produz a heteronímia.” (PÊPE, 1988, p. 20).

Uma ética que se pretenda coerente com as disposições filosóficas acima expostas parte da noção de que o fundamento dos direitos humanos nunca pode ser jurídico, mas pré-jurídico, eis que o direito positivo não cria tais direitas, apenas lhes outorga vigência.

Esta concepção afirma que existem exigências inerentes à dignidade humana e imprescindíveis para uma vida de acordo com ela. Portanto, os direitos humanos são direitos morais próprios a todas as pessoas e, em conseqüência, devem ser reconhecidos e tutelados por derivar daqueles pressupostos éticos.

Poder-se-ia dizer que o qualificativo moral é extremamente procedente, porque se parte de uma fundamentação ética, mas, ao mesmo tempo, pode implicar a limitação em números de direitos afetos aos direitos humanos, demarcando um espaço estreito de possibilidades destes, como sendo, por exemplo, os que estejam vinculados à idéia de dignidade humana. Da mesma forma, o qualificativo direito é pertinente, porque, para a efetiva e verdadeira realização dos direitos humanos, eles devem se traduzir em normas positivas.

Para os limites a que se propõe este trabalho, e em razão da multiplicidade de abordagens possíveis, de forma sistemática, arbitra-se um *telos*, uma direção a ser problematizada: a teoria moral kantiana e,

contemporaneamente, a modalidade de uma ética discursiva,<sup>18</sup> como fundamentos e possibilidades dos direitos humanos.

Entre os doutrinadores de filosofia há um certo consenso sobre o fato de a filosofia kantiana mostrar que o homem, enquanto ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio. Por outro lado, os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, motivo por que são denominados de coisas.

Conclui-se que os seres racionais são chamados de pessoas porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o arbítrio humano, por ser um objeto de respeito.

A partir desta reflexão, a pessoa humana se revela como um valor absoluto, porque sua natureza racional existe como um fim em si mesma, e o homem se representa sua própria existência. Ocorre que, este princípio racional que vale para mim- enquanto pessoa racional -, vale, ao mesmo tempo, como princípio objetivo, para qualquer outra pessoa racional. É Kant quem também ensina que ninguém pode obrigar o outro a ser feliz ao seu modo (ou como imagina o bem estar dos outros), senão que cada qual pode buscar sua felicidade pessoal como melhor lhe pareça, sempre que ao fazê-lo não viola a liberdade do outro.<sup>19</sup> Surge daí o imperativo prático posto por Kant: "Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio." (KANT, 1992, p. 27).

A forma mais sensata de se aferir a racionalidade humana é exatamente pela conduta/comportamento dos indivíduos entre si. Este indicador vai apontar quais os parâmetros e pressupostos de justificação utilizados por determinado grupo social para pautar sua organização e desenvolvimento.

---

<sup>18</sup> Esta ética discursiva tomada como referencial de um agir comunicativo Habermasiano.

<sup>19</sup> "Y es Kant quien asimismo enseña que nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (o como él imagina el bienestar de los otros), sino que cada qual puede buscar su felicidad personal como mejor le parezca, siempre que al hacerlo no lesione la libertad ajena." (CAMPOS, 1992, p. 78).

Na Fundamentação da metafísica dos costumes, (KANT, 1974), obra que antecede a Crítica da razão prática, Kant elabora, entre outras coisas, a justificação de como se dá a passagem do conhecimento racional comum da moralidade ao conhecimento filosófico.

Este conhecimento filosófico se impõe porque é necessário que haja um referencial consistente à compreensão da natureza humana e seu destino na história da humanidade, isto para oportunizar um sentido às ações dos homens, pois, *a inteligência, a faculdade de julgar, a coragem, ect, não são coisas boas absolutamente; seu valor depende do uso que delas se faça* (PASCAL, 1983, p. 112).

Se é certo que o homem precisa de móveis para agir, e nenhuma ação procedente de um móvel advindo da sensibilidade merece ser qualificado como moral- e este atributo é necessário à justeza dos atos-, resta tão-somente ao homem pautar sua vida e relações por móveis ditados pela razão prática, com o fito de construir projetos e máximas que possam a todos servir (universais). São somente estas máximas -leis- as responsáveis pelas condutas que devem os indivíduos seguir, se desejarem perseguir uma boa vida.

Kant, por tal caminho, evidencia que, por razões intrínsecas à nossa natureza de seres racionais, a vontade humana só podia ser inteiramente boa a pacto de uniformizar-se a um princípio capaz de mandar in foro interiore de maneira categórica. E era como dizer que o princípio obrigante não devia agir em nós de fora para dentro, ou então, por efeito da nossa mais baixa natureza sensorial, mas sim, de maneira absolutamente autônoma, em virtude da nossa mais alta racionalidade, e de modo a valer universalmente para toda a humanidade. (GALEFFI, 1986, p. 173).

A partir desta reflexão kantiana, forma-se na história do pensamento ocidental a convicção de que os direitos humanos têm origem não na ordem jurídica positiva, mas em um direito natural, ou seja, em um sistema normativo que se caracteriza pelo fato de que o critério segundo o qual certas normas pertencem a eles não se baseia em atos contingentes reconhecidos por certos indivíduos, mas em razão de sua justificação intrínseca.

É o que Nino (1989, p. 43) diz quando assevera que os direitos humanos são direitos morais que têm como referência a identificação de beneficiários pertencentes à espécie humana, deduzindo-se que todos os homens possuem um título igual a esses direitos, na medida em que todos exibem, no mesmo nível, essa propriedade relevante.

Já para o positivismo e o neo-positivismo, desde Comte, Durkheim, Duguit<sup>20</sup> e Kelsen, há certa negação do fundamento jurídico dos direitos humanos enquanto objeto do direito positivado. E, para não submetê-los nem diluí-los na pura positividade, colocam as teorias jusnaturalistas como fundamento destes direitos questões voltadas à ética.

Esta postura do positivismo geralmente representa uma derivação do empirismo jurídico, que só se ocupa do direito efetivamente existente, revelando-se como uma reação contra as concepções racionalistas, principalmente quando rechaça a suposta capacidade da razão humana para descobrir as regras jurídicas, no que prefere ater-se ao dado, ao verificável pela observação e experiência.

O direito, enquanto ordenamento jurídico, e os próprios direitos humanos, a partir desse referencial teórico, nascem de decisões humanas, absolutamente variáveis, pois dependem da evolução histórica das diversas sociedades e de seu contexto presente. Não existe aqui um problema de dever ser mas unicamente de ser. "Para o positivismo jurídico, o único direitos que conta é o efetivamente sancionado, não podendo falar de outra justiça senão aquela contida na norma vigente."<sup>21</sup>

Acreditam os positivistas que o direito natural carece de determinadas precisões que são indispensáveis às normas jurídicas, motivo por que a

---

<sup>20</sup> Pierre Marie Nicolas Léon Duguit foi um jurista francês especializado em direito público e pregava que o Estado não é um poder soberano, mas apenas uma instituição que cresce da necessidade de organização social da humanidade. "A força obrigatória da lei não deriva da vontade dos governantes, mas da conformidade com a solidariedade social. Por conseqüência, ela obriga os governantes tão rigorosamente como os súditos, pois, como estes, os governantes são obrigados pela regra de direito fundada na solidariedade social." (DUGUIT, 2004, p. 67).

<sup>21</sup> "Para el positivismo jurídico, el único derecho que cuenta es el efectivamente sancionado, no pudiéndose hablar de otra justicia que la contenida en las normas vigentes." (PADILLA, 1993, p. 29).

crença que nele se forja é produto de uma posição metafísica, distante do mundo jurídico, e por isto inaceitável. Concluem, pois, que antes do processo de positivação jurídica não podem existir verdadeiros direitos, mas apenas expectativas dos mesmos.

As vertentes da escola positivista ou neopositivista, além de variadas, exteriorizam um quadro por demais limitados dos direitos humanos. De Bentham e Austin, com o utilitarismo, encontra-se a desconsideração da valoração ética para atender ao que, empiricamente, se mostra como útil ou conveniente à sociedade historicamente situada definir como direitos humanos.

A escola historicista, por sua vez, sustenta que os direitos humanos são históricos, variáveis e relativos, em função do desenvolvimento de cada sociedade, centrando suas assertivas na convicção de que tal relatividade não autoriza a estipulação de qualquer valor ou pressuposto de caráter universal.

Percebe-se nitidamente a natureza reducionista da aceção positivista sobre os direitos humanos quando se enfrenta a contribuição teórica de Hans Kelsen.

Hans Kelsen é um operador de matemática pura que, instigado por seu pai, trilha os caminhos do conhecimento jurídico. Nesta jornada, influenciado pelas doutrinas ditas neokantianas das escolas de Baden e Marburgo, o pensador alemão opta pelos ensinamentos de Hermann Cohen, ilustre membro de Marburgo.

Buscando tratar o Direito como uma ciência que possa ser tratada com o rigor da matemática, Kelsen desenvolveu a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1984), obra revista em alguns pressupostos com um livro publicado após sua morte (19 de abril de 1973), chamado Teoria Geral das Normas (KELSEN, 1986).

Estas duas obras pretendem apresentar uma teoria geral do Direito positivo, dedicada a descrever o que é e como é o direito, adotando como princípio metodológico fundamental a pureza, ou seja, uma teoria jurídica

“purificada de toda a ideologia e de todos os elementos da ciência natural”.<sup>22</sup>

Com esta perspectiva, o autor distingue as ciências da natureza das ciências sociais, afirmando que as primeiras são caracterizadas pelo princípio da causalidade, enquanto que as segundas- que se referem à Ética e à Ciência Jurídica-, são regidas pelo princípio da imputação, o que infere dois mundos diversos entre si: o mundo do ser, que corresponde ao mundo dos atos de vontade criadores do Direito e a eficácia ou conduta efetiva correspondente à norma, e o mundo do dever ser, a que pertence a validade ou existência específica ou ideal da norma.

A postura de Kelsen proporciona algumas conclusões sobre os temas direitos subjetivos e pessoa humana.

Coerente com sua postura formal-positivista, o autor nega um direito subjetivo como entidade transcendente à objetividade jurídica. Comprometido com o conhecimento do direito como norma (dever-ser), entende o direito subjetivo como o próprio dever do outro, sendo que este é a própria norma, ou o ser prescrito da conduta sancionada. Assim, “se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como direito, este direito é apenas um reflexo daquele dever.” (KELSEN, 1984, p. 186).

É desta forma que, a partir do conceito de direito reflexo, Kelsen constrói outro significado de direito subjetivo, definindo-o como direito subjetivo em sentido técnico, que é o poder jurídico, conferido pela ordem jurídica, de alguém propor ação judicial em favor de seu direito reflexo. Tal como o dever jurídico, este direito subjetivo em sentido técnico é também uma norma jurídica e não algo independente do Direito objetivo.

Dogmatizando ainda mais sua visão do direito e da relação que este tem com o homem, afirma o autor que a pessoa física, identificada pela teoria tradicional com o sujeito jurídico, não é o homem enquanto portador de direitos e deveres, mas uma construção artificial da ciência jurídica, pois

---

<sup>22</sup> Kelsen (1984, p. 7). Nesse sentido, ver a crítica que Warat (1983, p. 27) faz à teoria de Kelsen.

a ordem jurídica empresta ao indivíduo a personalidade jurídica no sentido de fazer a conduta humana conteúdo de deveres e direitos. Portanto, a pessoa física não é simplesmente indivíduo, uma realidade natural, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um mesmo indivíduo.

Kelsen ainda concebe outro sentido para a expressão direito subjetivo, sob a forma de direitos políticos tomados como a capacidade de influenciar na formação da vontade do Estado (produção da ordem jurídica). Entre estes direitos políticos estão incluídos os chamados direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente previstos. Entretanto, para o autor, tais direitos não são considerados subjetivos, eis que não lhes corresponde nenhum dever jurídico, embora intervenham na produção jurídica, por exemplo, para ação de argüição de inconstitucionalidade visando a anular as leis que violem tais direitos e liberdades contempladas na Carta Política.

O direito subjetivo de um indivíduo, enquanto direito ou liberdade fundamental constitucionalmente garantida, é apenas

[...] o poder de intervir na produção da norma através da qual a validade da lei inconstitucional que viola a igualdade ou liberdade garantidas é anulada, quer por uma forma geral, isto é, para todos os casos, quer apenas individualmente, isto é, somente para o caso concreto. (KELSEN, 1984, p. 208).

Pode-se concluir, pelo visto até agora, que não cabe no sistema jurídico kelseniano qualquer tipo de direito subjetivo que se caracterize como direitos humanos, como algo pré-existindo ou existindo fora da ordem jurídica, isto é, que não seja norma ou dever jurídico.

Mister é que se tenha claros os perigos do argumento de que só se pode aceitar como direito fundamental aquele que é originado pela vontade dos legisladores, consubstanciada na norma geral (Constituição), pois isto, além de gerar um sistema essencialmente anti-humanista, em que a pessoa se resume a uma personificação- a personalidade jurídica atribuída ao indivíduo concreto é mera construção artificial da ciência do direito-,

nega a existência de valores permanentes que pretendem fundamentar uma idéia de justiça, vinculada à dignidade da vida humana.

Assim, se os direitos humanos são considerados como direitos na medida em que incorporados pelo ordenamento jurídico posto, há uma consideração que deve ser levada em conta antes de tudo e fundamentalmente: os direitos morais, isto é, exigências da ética a que a filosofia dos direitos humanos convencionou chamar de direito, isto porque o direito positivado não pode criar, aleatoriamente, um sistema próprio de direitos fundamentais.

Eusebio Fernández, em obra conceituada, assevera que:

*Con el término derechos morales pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos extendidos como exigencias éticas o valores, y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo morales aplicado a derechos representa tanto la idea de fundamentación ética como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos. Según esto, solamente los derechos morales, o lo que equivale a decir los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana, pueden ser considerados como derechos humanos fundamentales.<sup>23</sup>*

De certa forma, se um dos fundamentos incontestáveis dos direitos humanos é o próprio homem, já que ele é sujeito de direitos, é interessante ter-se claro que qualquer fundamento destes direitos tem de estar voltado ao gênero humano. Neste âmbito, a dignidade humana é um referencial amplo e móvel que pressupõe e alcança todo e qualquer homem na condição de justificativa do desenvolvimento da própria existência. Por isto, a procedência da afirmação de que os direitos humanos têm seu fundamento antropológico na idéia de necessidades humanas<sup>24</sup> básicas que possuem justificativas racionais para serem exigidas.

Para juristas como Gérman B. Campos,

---

<sup>23</sup> Fernández (2009, p.108-109). Ver a respeito em: Leal (2012).

<sup>24</sup> Fernández (2009, p. 78). Ver também a respeito em: Bobbio (1992).

[...] não há dúvida de que a instância prévia (ou o fundamento) dos direitos que se incorporam à positividade é uma exigência (ética ou jurídica) cujo dever ser ideal precisa dos homens (em seu conhecimento e sua realização), quando os homens imprimem positividade aos direitos estão fazendo simultaneamente duas operações: reconhecendo aquela instância prévia de dever ser, e posteriormente constituindo os direitos que, até este momento, realmente não eram positivos (por mais que sejam naturais e morais).<sup>25</sup>

Negar a existência deste fundamento aos direitos humanos o significa aceitar como tal uma fundamentação exclusivamente empírica ou pragmática, que acredita provirem os direitos humanos de um consenso social<sup>26</sup> ou de uma estipulação jurídica, e que se configuram numa forma de proteger o homem frente às ameaças que o Estado representa para si e seus semelhantes.

Isto significa que, a qualquer momento, podem as instâncias/instituições sociais rever o tratamento dado aos direitos humanos, transacionando sobre seus limites e condições. Tal discussão leva ao enfrentamento de se saber se os direitos humanos são apenas reconhecidos ou, ao contrário, são constituídos ou forjados.

Nestes termos, a primeira hipótese pressupõe que existem direitos antes de seu reconhecimento, e, portanto, seu fundamento se encontra fora da positividade e do próprio Estado; então poderia se encontrar no âmbito da ética, da natureza humana, do direito natural ou dos valores. A segunda hipótese parte do princípio de que os direitos humanos surgem e nascem quando acolhidos pelo direito positivo.

---

<sup>25</sup> “[...] no hay duda de que la instancia previa (o el fundamento) de los derechos que se incorporan a la positividad es una exigencia (ética o jurídica) cuyo deber ser ideal precisa de los hombres (em su conocimiento y en su realización), cuando los hombres imprimen positividad a los derechos están haciendo simultáneamente dos operaciones: reconociendo aquella instancia previa de deber ser, y en seguimiento de ella constituyendo en positivos a los derechos que, hasta ese momento, realmente no eran positivos (por más que sean naturales o morales).” (CAMPOS, 1992, p. 103). A discussão foi aprofundada por Leal (2009).

<sup>26</sup> A interpretação de Habermas sobre a possibilidade de um discurso prático racional oportunizar o surgimento de uma aceitação social de determinadas pautas ou garantias parece ser utilizada nesta ideia.

### 3 CONCLUSÃO

Por este raciocínio, o ingresso dos direitos humanos na esfera de positividade do ordenamento jurídico afigura-se como um reconhecimento ligado as suas fontes ou fundamentos legitimadores, que têm natureza metajurídica.

Os direitos humanos são considerados como direitos na medida em que, incorporados pelo ordenamento jurídico posto, passam a considerar antes de tudo e fundamentalmente: os direitos morais, isto é, exigências da ética uma vez que o direito positivado não pode criar, aleatoriamente, um sistema próprio de direitos fundamentais.

Tem-se, assim, que a positivação dos direitos humanos reconhecem a instância prévia de dever ser, e posteriormente constituem direitos que até o momento não eram positivos, ainda que já reconhecidos como naturais e morais.

Tais direitos estão fundamentados no ser humano, e tem como referencial a dignidade humana, que pressupõe e alcança todo e qualquer homem na condição de justificativa do desenvolvimento da própria existência.

*THE EFFICACY OF HUMAN RIGHTS FROM ITS PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS.*

#### ABSTRACT

*It is intended in this essay address the philosophical foundations of human rights in the West as reasons for their justification effective considering, therefore, dialogue with classical and contemporary theoretical frameworks in the field. Such elements are relevant to expand the range of possibilities for realization of these rights within the jurisdiction.*

*Keywords: Human rights. Jusnaturalism. Positivism.*

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Democrazia, maggioranza e minoranza**. Bologna: Il Mulino, 1981.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1993.

\_\_\_\_\_. **L'età dei Diritti**. Milano: Giuffrè, 1992.

CAMPOS, Germán Bidart. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Ástrea, 1992.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Droit de passage sur le territoire indien. Arrêt du: 12 avril 1960**, opinião dissidente do Juiz Fernandes. Disponível em: <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)>. Acesso em : 17 dez. 2011.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito. Tradução de Eduardo Salgueiro**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2004.

FERNÁNDEZ, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debates, 2009.

GALEFFI, Romano. **A Filosofia de Immanuel Kant**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1986.

KANT, Emanuel. **Fondements de la Métaphysique des Moeur**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1974.

KELSEN. Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LASK, Emil. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Almedina, 1992.

LEAL, Rogério Gesta. **A decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

\_\_\_\_\_. **Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos.** Buenos Aires: Ástrea, 1989.

\_\_\_\_\_. **Introducción al análisis del derecho.** Buenos Aires: Ástrea, 1993.

PADILLA, Miguel M. **Lecciones sobre derechos humanos y garantías.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

PASCAL, George. **O Pensamento de Kant.** Rio de Janeiro: Vozes, 1983.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. Direitos Humanos, violência e cidadania. In **Revista Contradogmáticas**, São Paulo: Acadêmica, v. 6-7-8, 1988.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Coimbra: Arménio Amado, 1979.

SÓFOCLES. **Antígona.** Tradução Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A Pureza do Poder.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. 1983.