

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 154

abril/junho – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais

Plínio Melgaré

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos humanos ou direitos fundamentais? precisão conceitual e outros importantes elementos dos direitos humanos. 3. Fundamentos e modelos jurídicos reducionistas dos direitos humanos. 3.1. O modelo jusnaturalista – a simplificação jusnaturalista. 3.2. O modelo positivista – a simplificação doutrinária e metodológica. 4. Breve contributo para a fundamentação e a proteção jurisdicional dos direitos humanos. 5. A universalidade dos direitos humanos – três indagações básicas e a universalização da titularidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

A problemática dos direitos humanos está presente em diversos momentos da nossa vida social contemporânea, sendo uma terminologia propalada designadamente a partir da moderna cultura político-jurídica ocidental. Mobilizados em várias circunstâncias e conclamados sob as mais diversas razões, a observação nos demonstra que se confunde, muitas vezes, sua dimensão conceitual e seu fundamento. Tal ocorrência, entretanto, não diminui e tampouco debilita a luta, inexoravelmente séria e comprometida, a ser empreendida quotidianamente pela sua real efetivação.

Preliminarmente, temos que os direitos humanos referem-se a uma proteção mínima que possa conduzir o ser humano a viver dignamente. Constituem uma esfera essencialmente indisponível, existente em tor-

Plínio Melgaré é Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas – Universidade de Coimbra e Professor de Filosofia do Direito e História do Pensamento Jurídico na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

no do indivíduo, que objetiva o respeito mais profundo à pessoa humana. Isso implica que toda e qualquer autoridade, todo e qualquer poder político tem a obrigatoriedade de os garantir e adimplir. Ressalte-se, demais disso, que há de se proteger o indivíduo de qualquer tipo de arbítrio, inclusive, mas não unicamente, o estatal.

Percebe-se aí uma vertente dos direitos humanos. Outra que se nos aparece “consiste em dizer que os direitos do homem representam as regras do jogo mínimas que devem ser respeitadas pelos governos e governados para que uma vida digna desse nome seja possível” (HAARSCHER, 1993, p. 13). Notamos, nessa idéia, uma compreensão formal acerca dos direitos humanos. Na esteira do considerado, releva observar a dificuldade – senão que o paradoxo – apontada pelo indigitado autor. Pois, em um primeiro momento, a esfera indisponível que circunda o indivíduo – os direitos humanos – nasce endereçada ao próprio Estado. É dizer, como uma proteção a um possível totalitarismo estatal. Todavia, não se esgotam aí os direitos humanos, eis que oponíveis e válidos também em relação aos demais integrantes do corpo social. Isso implica, primeiramente, limitar-se o poder do Estado para, a seguir, fortalecê-lo, a fim de garantir, concretamente, os direitos humanos.

Os direitos do homem emergiram em um cenário onde o pano de fundo era o surgimento da classe burguesa, tendo sido influenciados pelo respectivo contexto ideológico. Nada obstante a crítica marxista a eles, afirmando serem a manifestação dos interesses e do ideário burguês, tem-se, de fato, que a chamada primeira geração dos direitos humanos, erigida pelo pensamento liberal, constitui-se em direitos individuais, como os direitos de participação política, as garantias processuais e o direito de propriedade. Objetiva e efetivamente, essa primeira geração fundamenta-se em um sistema de valoração com cariz individualista.

Contudo, os direitos humanos não se restringiram à primeira geração. Nasceram

os direitos humanos de “segunda geração”, v. g. o direito à saúde, à educação e à segurança social. São os direitos sociais. Um ponto de distinção entre essa geração e sua antecessora é de fácil percepção: enquanto na primeira geração postulava-se uma posição não-intervencionista do Estado, na segunda geração exigia-se uma prestação por parte da entidade estatal. Ultrapassa-se a idéia de um Estado meramente garantidor e protetor das liberdades para se atingir um Estado-Providência, um Estado distribuidor e prestador. Na primeira geração, há a idéia dos direitos de liberdade; na segunda, dos direitos sociais. Recentemente, há a tentativa de se acrescentar às duas gerações uma terceira: trata-se dos direitos à paz, a um meio ambiente protegido, ao desenvolvimento, à solidariedade, etc. Percebe-se, diante do rápido rol, a vacuidade e heterogeneidade da “terceira geração” dos direitos humanos. No meio desse mar de imprecisões, encontramos a seguinte definição: “Estes direitos têm como titular não o indivíduo em sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (LAFER, 1999, p. 131). Não se discute a boa intenção – e até mesmo a justiça – desses novos direitos. Ainda assim, o ponto a ser por nós destacado endereça-se ao encontro da percepção esposada por Jean Rivero e igualmente adotada por Haarscher: “Que a introdução de tais novos direitos (...) ameaça enfraquecer decisivamente a exigência dos direitos do homem em geral, primeira e segunda gerações desta vez confundidas” (1993, p. 51). É possível redargüir tal argumentação, considerando-a somente utilitarista ou demasiadamente pragmática, posto se pensar apenas não ser uma boa estratégia reconhecer os direitos de terceira geração, haja vista a dificuldade trazida por eles para a consecução de seus predecessores. Entrementes, acompanhando o escólio de Rivero, para se falar em direito, no sentido forte do termo, e, portanto, nos direitos humanos, mister a existência de quatro cir-

cunstâncias distintas: uma titularidade, um objeto, uma oponibilidade e uma sanção. Ora bem, tais circunstâncias são encontradas nas duas primeiras gerações dos direitos humanos, porém “(...) précisément, la troisième génération brouille les repères en la matière”¹. Enfim, enquadrar instantaneamente, sem nenhuma consideração crítica, a “terceira geração” como direitos humanos pode originar o dito fenômeno da *banalização por inversão*, em que os novos direitos deixam de tonificar os anteriores, contaminando-os com sua precariedade estatutária. Ao cabo do processo de banalização inversa, habituar-nos-íamos com a noção segundo a qual os direitos humanos não ultrapassam a categoria de um vago – e ambíguo, diríamos nós – pleito moralizante (HAARCHER, 1993, p. 53).

2. Direitos humanos ou direitos fundamentais? – precisão conceitual e outros importantes elementos dos direitos humanos

Não raras vezes, encontramos a expressão “direitos fundamentais” como sinônimo de “direitos humanos”. Há uma tendência doutrinária em definir os direitos fundamentais como sendo aqueles positivados internamente por um País. Já a terminologia direitos humanos designaria e denominaria os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais (LUÑO, 1998, p. 44). Ressalva, contudo, o eminente catedrático espanhol não estarem os direitos humanos limitados e condicionados a uma eventual positivação. Ao contrário, relacionam-se com as básicas exigências referentes à dignidade, à liberdade e à igualdade, ainda que não reconhecidas por qualquer norma. A concepção de direitos fundamentais, então, referir-se-ia aos direitos humanos que se encontram garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, de um modo geral, inseridos na principiologia constitucional. Os direitos humanos, por sua vez, são percebidos e compreendidos como “un

conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretam las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas” (LUÑO, 1998, p. 46).

Registramos também a posição do constitucionalista Jorge Miranda, segundo a qual a terminologia direitos fundamentais é utilizada preferencialmente para nomear aqueles direitos das pessoas diante do Estado, objetos da Constituição (1999, p. 27). Ademais, o referido autor consigna razões outras contrárias à sinonímia das locuções direitos humanos e direitos fundamentais (1999, p. 28-), como por exemplo, esta: são fundamentais os direitos pura e simplesmente criados pelo legislador, harmonizados com suas opções e as condicionantes de seu país (1999, p. 30). Destarte, acolhendo essa perspectiva, haverá uma distinção da terminologia direitos fundamentais com a expressão direitos humanos, conforme se depreenderá da leitura deste nosso texto.

Todavia, nada obstante as posições referidas, trazemos à colação o entendimento de Peces-Barba acerca dos termos lingüísticos utilizados ao se referir a temática dos direitos humanos. Com efeito, buscando abranger a totalidade da compreensão que envolve os direitos humanos, a expressão direitos fundamentais seria adequada, posto abranger tanto a dimensão e os pressupostos éticos quanto os ingredientes jurídicos. Assim, ao mesmo tempo em que traduzem o valor ético comprometido com a dignidade humana, destacam juridicamente os direitos humanos, inserindo-os na normatividade do sistema jurídico. Nesse sentido, “los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica” (1999, p. 37)².

De tais definições, recortamos que os direitos humanos ultrapassam o sentido estrito de uma ordem jurídica escrita. Com efeito, encontram-se em uma dimensão superior, transpositiva. E essa transpositividade disponibiliza e concentra uma validade universal e objetiva, possuidora de tal força e abrangência que é mobilizada, desde os

tempos modernos, em todas as praças, sob qualquer circunstância.

De fato, reconhecemos que os direitos humanos assumem a posição de princípios ético-normativos. Portanto, transcendem ao normativismo-dogmático, alicerçando e instituindo materialmente a juridicidade. Outrossim, configuram-se como elementos legitimadores da ordem política e fundamentais da normatividade jurídica.

Desde logo, asseveramos que os princípios acima referidos tornam-se meras possibilidades inócuas e vazias caso não sejam essencialmente vinculativos e constitutivos da prática jurídica, bem como referenciais axiológico-normativos basilares do pensamento jurídico. Outrossim, o verdadeiro sentido dos direitos humanos não deve ser definido abstratamente, senão que determinado em concreto, posto que, somente assim – concretamente –, alcançam seu genuíno valor, relevo e importância.

Para isso ser aceito e efetivado, há de haver uma distinção e separação do direito da lei. Noutros termos, constituir e recuperar a autonomia do direito, negando pressupostos que o vinculam a uma restrita legalidade. Demais disso, haveremos de acentuar outra forma reducionista, muito próxima e própria dos nossos dias, qual seja o reducionismo político.

O direito nasce e brota da necessidade do homem em conviver com seus semelhantes. O cenário que envolve essa coexistência é o mundo, desenvolvendo-se em um processo de inter-relação, limitado em suas condições. Assim, o direito pode ser considerado uma alternativa viável à essencial e caracterizadora condição humana de coexistência³. O direito é também uma instância ética, a vislumbrar e assumir, de modo incontornável, uma perspectiva fundamentada no reconhecimento do homem-pessoa, constituída intencionalmente por princípios pertencentes ao *ethos* fundamental da humanidade. Nessa linha, advogamos que os direitos humanos constituem-se em postulados éticos, forjados a partir da era moder-

na⁴, componentes da existência do homem como pessoa, isto é, em uma reconhecida abertura dialógico-reflexiva à dignidade humana e ao pleno reconhecimento de que cada homem constitui um ser ético, indisponível às estruturas do poder e aos seus semelhantes⁵. Sem embargo, prestamos livre curso ao princípio trazido por Hegel: “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoa”.

No quadro temático dos direitos humanos, registramos a existência de duas coordenadas – às quais os referidos direitos ora tratados vinculam-se inexoravelmente: a retórica política e a prática jurídica⁶. De fato, consideramos ambas circunstâncias importantes, apresentando sua razão de ser. No entanto, optamos, neste trabalho, dedicarmos-nos à coordenada referente à prática, à realidade jurídica – de um modo particular, à realização jurídica dos direitos humanos e à atividade judicante⁷.

3. Fundamentos e modelos jurídicos reducionistas dos direitos humanos

Na abertura deste ponto, trazemos à baila a compreensão acerca do termo fundamento. Definimos fundamento como sendo o princípio e a razão real, constitutiva e legitimadora daquilo que se nos surge, aparece. Precisamente, a razão de ser dos direitos humanos. Todavia, compete-nos alguns esclarecimentos. Primeiramente, não temos a pretensão de encontrar um fundamento último, absoluto, “[aquela] razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão” (BOBBIO, 1992, p. 16). Longe disso! Modestamente, e considerando a relatividade histórica dos direitos humanos, intencionamos tão-somente apresentá-los como uma opção-referencial a ser assumida pela humanidade frente à ineludível circunstância de nossa coexistência. À prima vista, concordamos com a idéia segundo a qual mais importante que a busca desse fundamento absoluto seja a proteção dos direitos do homem. Conforme a má-

xima de Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los” (1992, p. 24). Contudo, circunscrever a temática dos direitos humanos a essa situação significa tratá-los de um modo extremamente procedimental. Ademais, corre-se o risco de remeter a proteção dos direitos humanos demasiadamente à esfera da prática política que, conforme a História já nos demonstrou, não é a mais indicada. Ao cabo, especificamente, adotamos o posicionamento segundo o qual “parece uma solução acomodatória refugiar-se atrás da autoridade de Bobbio, interpretando de forma mais superficial sua máxima segundo a qual hoje seria, antes de tudo, necessário que os direitos fossem tutelados na prática, mais que justificados na teoria” (VITALE *apud* FERRAJOLI, 2001, p. 268). Sobretudo em nosso caso, vez que percorreremos a via da realização e proteção jurisdicional dos direitos humanos. Nessa linha, expressaremos justificativas e razões condutoras à compreensão e ao sentido dos direitos humanos, justificativas e razões fundamentadoras de um específico modo de realizar o direito. Pois, para jurisdicionalmente efetivar-se a proteção dos direitos humanos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico-razional que a justifique. Sob pena de se incorrer em visões e posturas metodologicamente simplificadoras ou voluntaristas, tendentes à arbitrariedade.

3.1. *O modelo jusnaturalista – a simplificação jusnaturalista*

Entre as posturas e visões metodológicas simplificadoras acima referidas, seguindo um critério diacrônico, a primeira a ser delineada é a jusnaturalista. Decerto que o modelo jusnaturalista não é único, oferecendo-nos diferentes matizes. Todavia, nossas reflexões estarão centradas nos aspectos relativos àquele direito natural medrado no pensamento jurídico moderno, é dizer, o jusracionalismo⁸. Justificamos essa delimitação em razão de um fato: a contemporaneidade

jusracionalista com o nascimento dos direitos humanos⁹.

Inicialmente, descortinaremos, em brevíssimas palavras, alguns elementos integrantes do momento histórico em que se desenvolveu o jusracionalismo: o período moderno-iluminista. Ressalve-se, diante da complexidade e da diversidade do fenômeno iluminista, que tais aspectos encontram-se insertos em um quadro heterogêneo, em que, calcados em características comuns desenvolvidas na Europa, acomodaram-se diversas circunstâncias peculiares originárias de diversas culturas e tradições.

Nesse sentido, acentuamos, entre os pontos comuns presentes no Iluminismo, a sua base antropológica, destacando-se a autonomia do homem. De fato, há uma descontinuidade com uma pressuposta ordem à qual o homem pré-iluminista se vinculava. O homem se autonomiza, emergindo da sua razão os fundamentos do seu agir e saber, e “não há função mais alta que a sua, pois está encarregada de revelar a verdade, de denunciar o erro. Da razão depende toda a ciência e toda a filosofia” (HAZARD, 1989, p. 36). Abre-se ao homem a porta da libertação, a oportunidade de pensar por si. Conforme Kant: “Se, nas épocas anteriores o homem se mantivera sob tutela, fora por culpa própria: não tivera a coragem de se servir da razão; tivera sempre necessidade de um mandamento exterior” (*apud* HAZARD, 1989, p. 40). É o período da emancipação do homem¹⁰, da liberdade e auto-regência dos povos. A mais disso, aporta no universo iluminista o fenômeno da secularização, que, se no princípio significava a expropriação de bens eclesiásticos (PEREIRA, 1999, p. 39), acabou por traduzir o surgimento do poder civil, bem como o nascimento de um homem autor da História, aspirando a uma razão humana universal¹¹. O mundo passa a integrar o campo da projeção racional do indivíduo. Enfim, é o período das luzes e da razão¹².

Na seara jurídica, igualmente, vislumbram-se mudanças. O impacto da nova épo-

ca, que abalou os alicerces da cultura vigente, atingiu também as bases do pensamento jurídico de então. Luziam os novos marcos da atmosfera jurídica moderna, que se afastava inexoravelmente das amarras anteriores. O direito natural, existente desde longínquas eras¹³, renovava-se: deixava de ser transcendente, para se tornar imanente ao ser humano. A missão do direito natural teológico restava cumprida. Secularizava-se¹⁴ cada vez mais o direito natural¹⁵, amparando intensamente os originários direitos do indivíduo¹⁶.

Quanto aos direitos humanos propriamente ditos, como em qualquer tendência jusnaturalista, referiam-se àqueles atinentes ao pré-político estado de natureza, isto é, são anteriores ao Estado e ao direito positivo. Fruto da razão, e não expressão de uma vontade, como ocorre com o direito positivado, possuem um cariz abstrato, sendo compreendidos e vinculados, notadamente, aos direitos individuais. Com efeito, na linha jusracionalista, afirmam-se os direitos humanos como racionais e universalmente válidos, inalienáveis e imprescritíveis. Outrossim, denotam restrições, limitações, ao poder político, na medida em que afirmam a autonomia individual, garantindo uma área de não-intervenção dos poderes público-estatais. Nesse sentido, plasam a concepção formal e negativa do direito, tão caras ao mínimo Estado liberal¹⁷.

Avistados os aspectos centrais do jusnaturalismo moderno, endereçamo-nos, agora, àquelas razões que o debilitam e o situam no rol dos modelos reducionistas.

Ora bem, o primeiro fator a ser ponderado direciona-se à dificuldade jusnaturalista em assumir o caráter histórico dos direitos humanos. A variabilidade ocorrida no conteúdo e na própria definição do que sejam os direitos do homem atesta sua relação com as circunstâncias históricas¹⁸, contrapondo-se frontalmente ao discurso jusnaturalista. De fato, a visão ahistórica do jusnaturalismo e a desconsideração dos elementos sociais na constituição dos direitos humanos enfraquecem demasiadamente

seu modelo. Demais, cumpre notar que o indigitado estado de natureza não passa de uma hipótese, o ensaio de uma justificativa para certas reclamações, exigências. Já em Kant, encontramos que o conhecido e tantas vezes citado estado de natureza buscava tornar possível a compreensão de uma concepção teoricamente necessária¹⁹. Precisamente, encerramos este item com Bobbio, observando que o simples fato do crescimento – somado à alteração da intencionalidade e do sentido, salientamos nós – dos direitos humanos, quando mais não seja, “demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade” (1992, p. 75).

De outra banda, os próprios caracteres jusnaturalistas servem para seu reproche. Então, iniciamos por referir a total vacuidade da expressão “direito natural”. Ao largo da história do pensamento jurídico, não se definiu, de maneira precisa e justificada, uma metodologia própria que tornasse possível o efetivo conhecimento do direito natural. E, para efeito de argumentação, embora houvesse tal método, o simples fato de ser natural asseguraria a justeza de alguma circunstância ou direito? Não nos olvidemos que, abrigados sob a mesma capa dos direitos naturais, tremeluziram tanto a bandeira da escravidão quanto o estandarte do igualitarismo.

No campo da metodologia jurídica, o jusnaturalismo moderno – e também as outras linhas jusnaturalistas – apresenta inadequações. Considera tanto o direito quanto a ética e a filosofia como matérias dedutivas, demonstráveis com certeza e precisão. Pretende atingir uma certeza universal, absoluta e imutável, afastando qualquer contradição lógica ou circunstância contingencial²⁰. De fato, o jusnaturalismo moderno elabora uma idéia de sistematização axiomática do direito, valendo-se de uma compreensão lógico-demonstrativa²¹. Sem embargo, pela via axiomática e sistematizadora, aproximava-se o direito natural do direito positivado, possibilitando a inserção da moral natural em uma obra legislada (WIEACKER, 1980, p. 361).

Sublinhamos ter ocorrido, pela vertente moderna do jusnaturalismo, a construção metodológica das decisões judiciais centradas na dedução, a partir de princípios superiores e conceitos gerais preestabelecidos. As decisões jurídicas estremavam-se por um fundamento científico, obtido por meio de um processo dedutivo a partir dos princípios presentes no sistema jurídico (WIEACKER, 1980, p. 363). Franqueava-se, assim, a intensificação do processo de aplicação do método geométrico e matemático, desenvolvidos sobretudo por Galileu e Descartes, na área jurídica²². A exemplo da matemática, o direito constituir-se-ia por uma estrutura objetiva, imune às variações do arbítrio (CASSIRER, 1997, p. 327). Sem embargo, uma relevante consequência metodológica, trazida pelo deslocamento do direito para o campo das matérias procedentes das definições abstratas e divorciadas da experiência, foi a desconsideração do caso concreto como ponto de partida do raciocínio jurídico. Ao contrário, conduzido por um formal raciocínio silogístico, o caso decidendo tornou-se o epílogo de um caminho que conduzia à razão²³.

Ademais, a sistemática construída pelo jusnaturalismo moderno não ultrapassou os limites de uma mera construção dedutivo-racional, de um simples projeto de direito, de uma ordem ideal, porquanto ausente de qualquer dimensionamento prático-histórico²⁴. A par disso, não desfrutava de um fundamento justificador de sua própria existência como direito e, assim sendo, carecia de qualquer tipo de vinculação prática. Por conseguinte, o direito natural moderno encontrou na legislação o *iter* para sua transmutação de uma esfera ideal para uma esfera concreta, real²⁵.

Reduzir os direitos humanos a uma ordem antropológico-natural é desconhecer sua historicidade e suas condicionantes culturais. O que, diante da mera observação da realidade, endereça-nos, de plano, à superação da alternativa jusnaturalista. De outra banda, reduzir a proteção e a realiza-

ção jurídica dos direitos humanos a um abstrato processo lógico-dedutivo decerto que não é a proposta metodológica mais apropriada. Os direitos humanos referem-se ao homem concreto e postulam, para sua concretização, um juízo mediador reflexivo, atento ao horizonte histórico e aberto à compreensão da praticidade dos problemas enfrentados, nomeadamente, por aqueles vitimados pela sua violação.

3.2. O modelo positivista – a simplificação doutrinária e metodológica

A primeira das simplificações positivistas por nós evidenciada alude àquele entendimento segundo o qual o direito se encontra constituído por normas jurídicas²⁶. Inscrita no centro da teoria positivista está a compreensão de que não há outro direito além daquele posto pelo legislador. A linha mestra do positivismo jurídico reside na caracterização do direito como um sistema axiomático-normativo, identificando, por conseguinte, o direito com a lei, o *jus* com a *lex*. No caso dos direitos humanos, seria considerá-los como sendo fruto exclusivo das ordens positivas, quer sejam elas derivativas da expressão do soberano, da vontade geral ou das opções manifestadas nos Parlamentos ou organizações supranacionais.

As ordens positivadas, fruto do processo legislativo, caracterizam-se por refletir uma vontade política, e, *per se*, não afiançam a proteção dos direitos do homem – ainda que se cogite apenas das ordens democráticas, pois impossível se pensar em direitos humanos em regimes totalitários ou autocráticos. Na natureza da atividade legislativa atual – logo, a que nos importa –, permeada por uma orientação ideológica, está a consecução de um projeto político. A atividade legislativa e o produto de seu ofício é a consequência de uma opção, e não a constituição plena do direito. Outrossim, decorrem de um processo legislativo concluído por uma decisão iluminada pelos resultados obtidos na sociedade. De fato, a legislação, o direito positivo, revestem-se, em

grande parte, de um programa finalístico (HABERMAS, 1997, p. 236). O fio condutor da atividade legislativa estende-se por uma via finalista, consagrada pela utilidade e/ou necessidade de sua intervenção, validando-se por uma racionalidade estratégica.

A par de toda a construção teórica dos cientistas políticos, a observação da realidade aponta-nos para uma crise da representação política. Entre outras razões, a heterogenia social impõe uma plêiade de objetivos e finalidades almejados pelos mais diversos grupos sociais que, não raras vezes, fazem-se representar nos parlamentos. Por via de consequência, o legislador vê enfraquecida a sua condição de soberano representante unitário da comunidade. Decerto que esse fato pode ser retificado por meio de um controle a ser feito por procedimentos parlamentares democráticos ou até mesmo pela adoção da democracia participativa. Nada obstante, há de ser lembrada uma contradição própria e inerente à democracia política, pois, independentemente de sua forma, um regime democrático funda-se conforme a regra da vontade da maioria. Ora bem, por definição, tal regra exclui, em menor ou maior grau, uma parcela da população. Embora a existência de freios e contrapesos de cunho político a equilibrar tal circunstância, *v. g.*, a alternância dos partidos ou das facções que ocupam o poder, não há a certeza do reconhecimento de certos direitos essenciais das minorias (RIGAUX, 2000, p. 32). Entrementes, poder-se-ia pensar que a situação seria corrigida pela tutela dos direitos das minorias por parte dos parlamentos e das normas jurídicas. Desde logo, seria a hora de observar que “a soma ou a transacção das partes não é o todo na sua universalidade, tal como a *volonté de tous* não era a *volonté générale* (...)” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 600).

Em face do ponderado, concluímos que o positivismo jurídico contém, no núcleo de sua base doutrinária, uma perigosa simplificação, tanto para o alcance quanto para o próprio reconhecimento dos direitos huma-

nos. Endereçar os direitos do homem para a esfera do direito positivado, confundindo-os com a lei, nada mais é que abandoná-los ao acaso das vontades e contingências políticas. De fato, para a concretização dos direitos humanos, faz-se necessário salvaguardá-los das circunstanciais transformações políticas, econômicas e tecnológicas²⁷.

A simplificação doutrinária supra-referida implica outra, que designamos *simplificação da relevância do fundamento*. Nesse sentido, sustenta-se a dispensabilidade da abordagem dos fundamentos dos direitos humanos. Destacamos, a exemplo de Peces-Barba²⁸, que não significa uma justificação acerca da falta de importância da moralidade para fundamentar e construir a conceituação dos direitos humanos, mas antes uma primazia aos aspectos técnico-práticos da proteção, das condições fáticas e das fontes dos direitos humanos. Por conseguinte, procura-se “la utilidad de los derechos, el servicio que pueden prestar en las sociedades democráticas estatales y en la comunidad internacional para la protección de los individuos” (PECES-BARBA, 1999, p. 53).

Exemplo nítido dessa postura é a linha assumida por Bobbio – inclusive já referida neste trabalho – em que importa “conseguir do modo mais rápido e eficaz o reconhecimento e a realização dos direitos do homem. (...). Pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados. (...). [Então] não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, (...) qual é seu fundamento, (...) mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los” (1992, p. 22-25 *passim*).

Nada obstante, apontamos algumas dificuldades para a plena aceitação do mencionado posicionamento. Preliminarmente, entendemos que a linha teórica não exclui a preocupação prática. Embora se possa construir uma via de estudo e análise tendente mais aos elementos fático-sociais, não há a exigência – tampouco a conveniência – de um afastamento dos elementos teóricos. De um modo sintético, supera-se esse reducio-

nismo muito facilmente, bastando aliar os dois campos, conforme sugestiona Peces-Barba: “Un trabajo de equipo entre juristas y filósofos del Derecho, de la Moral o de la Política que abarcase la Filosofía de los derechos y el Derecho Positivo, com una importante dimensión histórica (...)” (1999, p. 54).

Entrementes, a discordância efetiva recai sobre o posicionar dos fundamentos dos direitos humanos a um nível de somenos importância. Não desconhecemos que a fragilidade do argumento jusnaturalista para apontar os fundamentos dos direitos humanos contribuiu – e ainda o faz – para o robustecimento da tese positivista. Todavia, há de ser registrado que o cosmos jurídico não se divide apenas entre jusnaturalistas e juspositivistas, entre o suposto Direito Natural e o (im)posto Direito Positivo, como se vivêssemos entre mouros e cristãos. Se a abstração e o racionalismo jusnaturalista revelam-se inapropriados, conforme anteriormente registramos, não significa que sejamos obrigados a abraçar o credo positivista. Desde logo, não assentimos em dar por finda a questão dos fundamentos dos direitos humanos ou mesmo considerá-la irrelevante em razão da “maior parte dos governos existentes [ter proclamado] uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. (...) [Porque] se a maioria dos governos existentes concordou com uma declaração comum, isso é sinal de que encontraram boas razões para fazê-lo” (BOBBIO, 1992, p. 23). Com efeito, seja estatal ou supra-estatal, o direito positivo é sempre um direito fruto da autoridade. Ineludivelmente, o direito positivo é *auctoritas* e não *veritas*. Ora bem, a autoridade é vontade, podendo tornar-se arbitrária, discricionária. E, assim como reconhece, declara e convencionam os direitos do homem, pode deixar de fazê-lo (PINTORE, 2001, p. 244).

A par do exposto, a simplificação juspositivista – que considera irrelevante a questão dos fundamentos dos direitos humanos – justifica-se por outro argumento: “O fundamento (...) é o apelo a valores últimos. Mas valores últimos, por sua vez, não se justifi-

cam; o que se faz é assumi-los” (BOBBIO, 1992, p. 18). Por certo, os direitos humanos referem-se a valores, a uma axiologia a ser assumida. Todavia, para efetivar essa assunção, há de se expor, dizer, pronunciar e justificar os seus fundamentos e as suas razões. Tão-somente considerar os direitos do homem como a manifestação de uma fundamentação última, como algo normatizado que, por conseguinte, há de ser assumido, decerto não é a melhor maneira de efetivá-los²⁹. Ao contrário, sustentamos a necessidade de uma intercultural relação dialógica, permeada por razões e justificativas fundamentantes, possibilitando a compreensão e a concretização dos referidos direitos para além de suas fronteiras originárias³⁰.

Com efeito – e a observação da realidade comprova –, a melhor maneira de se tutelar e garantir um direito é a compreensão e o reconhecimento de seu fundamento. De fato, nos fundamentos encontraremos o terreno sólido a permitir o desenvolvimento seguro dos direitos humanos, contrapondo-se a qualquer tentativa totalitária. Enfim, se importa assegurar as condições materiais para a realização dos direitos do homem, importa, no mesmo grau, perceber o seu fundamento. Não preconizamos a absolutização dos fundamentos dos direitos do homem, tampouco a “razão das razões”, mas apenas uma razão, historicamente contextualizada, racionalmente justificada, capaz de aproximar os homens e garantir o respeito à pessoa humana, garantindo, ao cabo, o “direito a ter direitos” (ARENDDT, 1998, p. 330). Outrossim, não esqueçamos que a inobservância dos direitos humanos, independentemente das Declarações existentes, ainda ocorre em razão do seu não-reconhecimento, da intolerância, e não apenas por falta de condições materiais para o seu adimplemento.

Para além das simplificações vistas e ponderadas, há outra. Referimo-nos à metodológica, ou seja, aquela simplificação conexa ao modo como se realizam e se protegem juridicamente os direitos humanos sob a ótica positivista. Prefacialmente,

confrontando o positivismo jurídico com o jusnaturalismo³¹, observamos, de modo específico, uma modificação, uma alteração na base fundamentante dos direitos humanos. No jusnaturalismo, os direitos do homem existiam como algo absoluto, nascidos da universal razão humana, sem nenhuma base histórica. Com o aparecimento do positivismo jurídico, os direitos humanos transitam para o campo das legislações, das convenções, vinculadas a um certo momento vivido pelo homem. De fato, tem-se a imutabilidade jusnaturalista contrastando com a variabilidade conceitual assumida pelo positivismo, haja vista as convenções e as legislações mudarem segundo as circunstancialidades histórico-políticas³². Embora a distinção entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, sobressai uma similitude atinente à percepção dos direitos humanos³³. Em ambos os casos, os direitos humanos são compreendidos como objetos: para o positivismo jurídico, um objeto convencionalizado, expresso em normas jurídicas positivadas nas mais diversas instâncias; para o jusnaturalismo, um objeto pressuposto, fundado na razão humana.

Metodologicamente, implica que o órgão judicante cumpra sua tarefa de proteger os direitos do homem por meio de um mero ato de cognição, porquanto, posto – ou dado – o direito, basta (re)conhecê-lo. Nada obstante, o juspositivismo requer um processo dual, pois, primeiro há de se apreender, ter conhecimento do direito legislado, para, em seguida, sobrepô-lo ao fato. Por via de consequência, demanda-se ao operador do direito um simples processo de aplicação dedutiva daquela norma “criadora” dos direitos humanos ao caso decidendo. Mobiliza-se uma racionalidade³⁴ formal, em que a validade da decisão promulgada será aferida por meio da sua correspondência com a norma estabelecida, abstraindo-se o conteúdo decisório. Em suma, nos moldes propostos pelo juspositivismo, a tutela jurisdicional dos direitos humanos resume-se a uma dogmática técnica aplicativa de normas e

convenções preestabelecidas, estremada pela lógica dedutiva.

Efetivamente, a construção dogmático-formal juspositivista não se coaduna com o momento atual do pensamento jurídico. Considerar a existência dos direitos humanos apenas no quadro de uma normatividade fechada, composta por normas e declarações que refletem e atendem a específicos objetivos político-sociais, é reduzi-los a uma dimensão incapaz de, por si, dar os fundamentos postulados pela sua realização. Contorna-se a questão remetendo-se os direitos humanos para a esfera da responsabilidade política, pois os direitos humanos pleiteiam uma fundamentação material, referida a aspectos axiológicos transpositivos. Outrossim, envolvem outra concepção metodológica, que não limitada a uma abstrata aplicação, mas referida a ponderações apresentadas pela praticidade dos casos concretos, alinhadas a fatores jurídico-normativos que ultrapassam os limites do convencionalismo³⁵. Substancialmente, consignamos: as ordens escritas não constituem a plenitude dos direitos humanos, que também o são pela construção jurisdicional, a exigir uma fundamentação material – e não a unicidade de validade formal positivista – mediada por um juízo dialético-argumentativo, e não por raciocínios dedutivos.

4. Breve contributo para a fundamentação e a proteção jurisdicional dos direitos humanos

Na esteira do considerado, cumpre agora delinear os elementos que compõem, conforme anteriormente anotamos, a razão de ser fundamentante dos direitos humanos. Nesse sentido, há de se compreender os direitos humanos sob uma visão integradora, superando dialeticamente as simplificações apresentadas pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo.

Embora a variação do sentido ou do conteúdo, os direitos humanos desenvolvem-

se a partir de uma situação fática: a multiplicidade de vidas humanas coexistentes em um único mundo³⁶. Desse fato decorre uma outra situação básica, sentida por todos os homens: a harmonização, a compatibilização da existência plural em um espaço singular.

Desde as mais remotas épocas, o homem responde tal questão e estabelece diversos tipos de ordens político-sociais. Essas ordens sociais carregam em si específicas intencionalidades, expressando valores próprios, historicamente situados. Nesse amplo quadro das ordens político-sociais instituídas pelo homem, houve – e infelizmente ainda há – aquelas pautadas pela imposição, pela força, em que se afirmava que ao poder tudo era permitido e possível. Corolário disso, o desrespeito ao homem, o ultraje à vida humana.

Advogamos que os direitos humanos, e sua carga valorativa própria, correspondem a uma alternativa para a nossa incontornável situação de coexistência. Sem embargo, uma diretriz axiológica a ser observada, que implica a assunção de uma postura de respeito à dignidade humana. Nessa direção, afastamos a questão dos direitos humanos do prisma da natureza do homem, integrando-os no universo humano-cultural, com sua autonomia prática e circunstancialidade histórica característica. Assim, os direitos do homem não são encontráveis a partir de uma indagação acerca de nossa natureza, de uma suposta universal natureza humana. Ao contrário, seriam uma resposta possível a um questionamento acerca do que postulamos e desejamos para nossas vidas.

Nessa linha de argumentação, se os direitos humanos não se identificam com a “natureza humana”, tampouco se reduzem à lei. Com efeito, fundamentam-se em princípios éticos que superam a legalidade, acessíveis às aberturas históricas, em um constante processo de (re)constituição substancial de seu sentido e intencionalidade, iluminados pela projeção de um *ethos* cultural. Todavia, não se está a dizer que os direitos

humanos sejam condenados à efemeridade, em face das sempre emergentes novas exigências e imposições da vida cotidiana. Pois, se é correto assinalarmos que são frutos de momentos históricos, uma vez reconhecidos e compreendidos, não podem ser sumariamente arruinados, desprezados – a menos que estejamos vivificando um novo universo histórico, que renuncie a consideração de uma “era do direito”. Nessa direção, pensamos no princípio da igualdade. Embora inicialmente tenha sido compreendido como uma igualdade formal, investiu-se de uma exigência material, postulando, a seguir, não mais uma mera igualdade perante a lei, senão que uma efetiva igualdade perante o direito³⁷. Contudo, nada obstante a variação referida, podemos hoje ignorar o princípio da igualdade? Ou, depende esse princípio de algum reconhecimento escrito? Com certeza, os direitos do homem nasceram sob um terreno histórico definido. Todavia, uma vez reconhecidos, integram a intencionalidade e o sentido da condição humana, compondo o patrimônio ético da humanidade. Efetivamente, em qualquer local ou ocasião que se presencie ou se tenha conhecimento do desprezo aos direitos humanos, sente-se o retrocesso do modo-de-ser humano e a aproximação da barbárie. Omitir os direitos humanos ou fechar os olhos à sua rejeição, implica permitir o aniquilamento do sentido de humanidade presente em cada um. Embora para outra situação, aplicamos aos direitos humanos as palavras de Fechner: “o homem não pode mais preteri-lo[s] sem destruir uma parte de si mesmo” (*apud* CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 211).

Sem embargo, os direitos humanos, com sua inafastável densidade histórico-cultural, postulam uma circunstância absoluta fundamentante, qual seja a de conferir um valor maiúsculo à dignidade humana e, por conseguinte, o reconhecimento da pessoa humana. Nessa direção, impõe-se a obrigação do estabelecimento de relações dialógicas, originárias da genuína deliberação ne-

cessária de compreender e reconhecer a existência do Outro. Como bem afirma Lyotard: “um ser humano tem direitos só se é distinto de um ser humano. E para ser distinto de um ser humano tem que se converter em outro ser humano. Então os outros podem tratá-lo como seu semelhante” (1998, p. 137), tendo-se por base a observação de Hannah Arendt, segundo a qual “parece que um homem que nada mais é que um homem perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante” (1998, p. 334). Assim, na raiz da estrutura do ser humano está presente a exigência do Outro, pois somos seres em relação³⁸ – recordando Fernando Pessoa, “não há seres normais em si próprios. Há apenas homens normais nas suas relações com os outros” (*apud* LOPES, 1990, p. 39) –, somos seres “dialogáveis” e “dialogados”³⁹. Ora bem, o decisivo fundamento dos direitos do homem, o que o eleva em nosso universo existencial é a exigência de uma ordem axiológica que reconhece o valor que é o homem, o valor da “dignidade humana – que se torna para nós como que um *factum* da nossa experiência histórica, na vivência e repúdio das suas concretas violações. (...). Queremos dizer: só porque a nós próprios nos compreendemos nessa dignidade, postulamos o valor que ela justifica e lhe corresponde”(CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 142)⁴⁰. Ao cabo, os direitos humanos radicam na mútua compreensão do valor do homem como ser ético, fruto de um processo histórico-cultural reflexivo construído pelo homem. Com efeito, impen-de sublinhar que a qualidade, a condição de ser pessoa não tem sua efetividade assegurada espontaneamente, por sua própria iniciativa e graça. Sem embargo, é uma possibilidade humana a ser realizada no mar de nossa existência, impondo deveres, *v. g.*, a solidariedade e a responsabilidade⁴¹, e mediações autônomas que dirijam a vista à sua consecução e proteção.

Desse modo, sobressai a instância jurisdicional e o respectivo modelo de realização do direito adequados às exigências teó-

ricas e práticas necessárias à concretude dos direitos humanos. Em primeiro lugar, relevamos a importância da preservação da autonomia da instância jurisdicional, sobretudo no concernente à instância político-legislativa, competindo-lhe ser o elemento compensatório na afirmação da axiologia dos direitos do homem em relação a possíveis aspirações fracionadas da sociedade. Pois, diante da pluralidade e fragmentação verificadas na estrutura das sociedades contemporâneas, o legislador deixa de ser a genuína expressão da vontade geral para assumir a intencionalidade de uma parte que representa⁴². Por conseguinte, emerge nas sociedades contemporâneas a necessidade de se forjar um espaço próprio – a instância jurisdicional –, para firmar os valores básicos identificados pela comunidade humana – os direitos do homem –, como a fronteira, limite do poder.

Corolário da autonomia mencionada é a superação da figura do “juiz-árbitro”, ou seja, a transposição dos limites determinados pelo paradigma do juiz que, tal qual o árbitro de uma competição esportiva, prima por assegurar o respeito às regras do jogo (OST, 1983, p. 44)⁴³. Contudo, nossa concordância com o autor supracitado restringe-se a essa definição, porquanto não significa anuência com a imagem do “juiz-treinador” (OST, 1983, p. 47)⁴⁴. Pois implicaria a adoção de uma racionalidade finalista, pautada pelas finalidades sociais e políticas; uma racionalidade atenta aos efeitos sociais da decisão, cingida à teleologia política, que compara as conseqüências dos resultados possíveis oriundos da decisão proferida. Em síntese, uma racionalidade que cede aos apelos do modelo tecnocrático. De fato, um juiz “performático”, isto é, orientado pela eficiência, em que o direito é o instrumento para a obtenção de determinados fins socioeconômicos.

A proteção jurisdicional dos direitos humanos exige outra racionalidade, que não finalista, mas material, a ser determinada pela convicção no valor integral e irrestrito

dos próprios direitos do homem. Para tanto, o norte deve ser determinado por princípios, por uma carga axiológica, e não por padrões de utilidade. Como vimos, a salvaguarda dos direitos do homem efetiva-se em razão de um princípio ético-normativo, de valores fundamentantes de uma cultura existente em um determinado contexto histórico, e, portanto, transcendente à utilidade social. Demais disso, uma decisão que se preocupa em acolher as finalidades sociais, e por elas se orienta, *ipso facto*, não garante a justiça da decisão. Assim, se o ofício de realizar e proteger juridicamente os direitos humanos não é estremado por um pensamento lógico-dedutivo, tampouco o será por um modelo “segundo o qual os valores se substituem pelos fins e os fundamentos pelos efeitos e em que a legitimação axiológica (...) cede o seu lugar à legitimação pelos efeitos” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 56).

A realização e a tutela jurisdicional dos direitos do homem relacionam-se com os fundamentos invocados, ultrapassando a condição de conhecer as normas preestabelecidas. Assim, falamos da mediação de um juízo autônomo em relação às finalidades e apartado do raciocínio lógico-demonstrativo, orientando-se pela justa decisão. Portanto, falamos de um juízo que afirme a ordem de validade exigida pelos direitos humanos, inserida na situação concreta que porventura tenha dado causa a uma controvérsia judicial. Outrossim, falamos de um juízo que não pretenda ser pétreo, dogmatizando sua decisão, mas consolidado “por uma fundamentação prático-argumentativa (dialogicamente aberta, mas racionalizada por regras que a salvam de se perder num processo sem fim) e não de uma teórica demonstração apodíctica” (BRONZE, 1994, p. 120). Decerto, a natureza do sistema jurídico que pensamos será aberta, não se compaginando com qualquer índole axiomático-dedutiva. Com efeito, os direitos humanos integram a dimensão que manifesta a constituenda intencionalidade axiológico-normativa do direito, compondo o foro afirmante da validade

de jurídica. No caso concreto, os direitos do homem são assegurados por uma participação dialógica das partes envolvidas, permeados pela sua constitutiva realização dialética, e levadas a efeito pela mediação de “um juízo no seu entendimento clássico, de prudencial e histórico-concreto *ius dicere*, oposto ao abstracto dedutivismo jusnaturalista ou à mera reafirmação analítico-subsumtiva de normas pressupostas” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 416).

Em uma consideração final, os direitos humanos apontam para a não-limitação do direito às normas, constituindo o elemento regulativo da validade da ordem jurídica. De outra parte, no caminho de sua concreta realização, como pólo fundamentante da constituenda normatividade jurídica, traduzem o elemento corretivo para o caso de alguma incoerência entre uma norma, supostamente aplicável a um caso, e a axiologia do sistema jurídico. Outrossim, no caso de uma franca oposição e incompatibilidade absoluta entre uma norma ou outro critério jurídico aplicável (v. g. a doutrina ou a analogia jurisprudencial) a algum caso concreto e os direitos humanos, prevalecerão estes em detrimento daqueles, pois situam-se em uma condição superior. Noutros termos, indicamos que os fundamentos normativos têm primazia em relação aos critérios normativos. Por certo, pode-se alegar que tal postura afetaria a segurança jurídica. Então, responderíamos que, em um contexto axiológico, a justiça da decisão postulada por um caso jurídico não poderá ceder lugar à segurança jurídica. Demais disso, o juízo jurídico ilumina-se por uma validade valorativa, e não por uma legitimidade política, conforme a lei. Ao fim e ao cabo, *secundum ius*, e não *secundum legem*.

5. A universalidade dos direitos humanos – três indagações básicas e a universalização da titularidade

Com efeito, não poderíamos encerrar este pequeno trabalho sem considerar, ainda que

com duas ou três palavras, a questão da universalidade dos direitos humanos, haja vista sua relevância. Assim, preliminarmente, esboçamos alguns sinais de exatidão de sentido e compreensão, em que, basicamente, a universalidade tanto pode dizer respeito a uma titularidade quanto a um âmbito de validade temporal e espacial⁴⁵. Ao falarmos nesta universalidade, reportamo-nos a três indagações: os direitos humanos são universalmente válidos a todos os seres humanos? São eles válidos em todos os lugares? E, por fim, são universalmente válidos em todas as épocas e momentos históricos? Ora bem, acreditamos já estar respondido este último ponto, na medida em que fizemos referência ao aspecto histórico dos direitos humanos. Apenas para efeito de remate, consideramos os direitos humanos como princípios axiológicos historicamente contextualizados, porém absolutos – considerando sempre a historicidade do ciclo vivido pelo homem. Com efeito, não são dogmáticas verdades passíveis de demonstração, tampouco princípios revelados por alguma força superior. Mas, sobretudo, princípios forjados pelos homens, fruto da reflexão e da vivência humana, que surgem na imanência da vida, tornando-se absolutos que superam o relativismo histórico-cultural.

De outra banda, destinamos agora algumas linhas – é verdade que poucas, diante da extensão do tema – à universal titularidade dos direitos humanos. Então, de plano, afastamos um modelo abstrato, porque as “pretensões morais que fundamentam cada direito têm um caráter histórico que aparece quando surge a necessidade ou quando o progresso técnico permite” (PECES-BARBA, 1999, p. 311). Exemplificativamente, o direito à educação e ao trabalho surgiram quando, no contexto social, emergiram tais postulações⁴⁶.

Sem embargo, advogamos que a universalidade dos direitos humanos repousa sobre a afirmação da dignidade da pessoa humana e dos demais valores decorrentes

dessa condição – portanto, válida em todos os lugares. A universalidade, que estende o manto dos direitos humanos sobre todos, manifesta-se sobre e a partir da condição ética do ser humano, de ser considerado como fim, evitando sua instrumentalização. Considera-se, outrossim, a condição essencial do homem como um ser sociocomunicante, de interlocução e membro de uma comunidade discursiva, em que, conforme já visto, essencial é o reconhecimento e a afirmação do Outro. Por certo, há as diferenças; todavia, superior a elas, está a condição ética de todo o ser humano.

A idéia dos direitos do homem nasce no Ocidente. Portanto, retratariam a mundividência própria dos ocidentais, estando coarctados a essas circunstâncias. Nessa direção, postular sua universalidade refletiria uma postura etnocêntrica, de imposição cultural. Nada obstante essa situação, mister um registro: os direitos humanos não são conaturais, congênitos à cultura ocidental, isto é, não nasceram junto com o homem do ocidente, senão que refletem um largo período de lutas e conquistas, sendo, em realidade, uma aquisição cultural. Por essa via, consideramos sua origem apenas como um fato histórico ocorrido, em um primeiro momento, na Europa e na América. Com efeito, sua própria história pode ilustrar a relação dialética entre a cultura ocidental e a não ocidental, sem implicar um imperialismo cultural. Destarte, destacamos que “ter direitos permite nos pôr de pé como homens, olhar aos demais nos olhos e sentirmo-nos fundamentalmente iguais a qualquer um” (FEINBERG *apud* FERRAJOLI, 2001, p. 208). Por fim, o fato de ter uma nascente, uma origem identificada, não significa ter uma validade limitada. Reconhecer os direitos humanos como históricos não impossibilita sua universalidade. O que obsta a valores referentes a uma certa cultura ou sociedade tornarem-se universais? Valemo-nos da argumentação de Comte-Sponville segundo a qual se possuímos cada vez mais a mesma história e a mesma civilização, por

que não termos os mesmos ideais? “De um ponto de vista prático, é o universal que prevalece, ou deve prevalecer: é isso que está em jogo no combate pelos direitos humanos. (...). A humanidade não é o universo: como poderia prescindir de valores comuns?” (1999, p. 37). Então, os direitos humanos são relativos em sua nascente, porém universalizáveis na projeção de seu espaço de efetividade (COMTE-SPONVILLE, 1999, p. 37).

A estrutura da universalidade dos direitos humanos centra-se no valor ético do ser humano. Como o *ethos* de uma cultura humanista e secularizada. Desde esse aspecto, por certo, há a exigência de construir condições sociais e políticas capazes de concretizar a referida universalidade, envolvendo os espaços da liberdade humana com uma capa protetora, em face, sobretudo, do arbítrio estatal. Os direitos humanos consignam diretrizes axiológicas às entidades governamentais, assegurando a todos a condição de sujeitos de direitos. Noutra palavra, traduzem a intenção de racionalmente humanizar a história e a convivência humana no mundo, descortinando o fundamento unitário de nossa genuína diversidade existencial.

Não desconhecemos as imensas dificuldades a serem ultrapassadas no caminho do reconhecimento universal dos direitos humanos, especialmente considerando o mosaico multicultural da sociedade contemporânea. No entanto, percebemos alguns sinais indicadores de um possível sucesso dessa causa. Constata-se a construção de um centro axiológico universalmente aceito (CASSESE, 1993, p. 76), como o direito à vida, o direito a não ser torturado, o direito ao trabalho, à alimentação, à proteção sanitária, à liberdade de expressão e de associação. Demais disso, ressalte-se a convergência que situa, entre as sérias violações aos direitos humanos, o genocídio, o *apartheid*, a discriminação racial e o desconhecimento do direito de autodeterminação dos povos (CASSESE, 1993, p. 76).

6. Conclusão

1- Os direitos humanos objetivam o respeito à pessoa humana, protegendo-a de toda forma arbitrária. Sob o ponto de vista formal, expressam as regras mínimas a serem observadas para possibilitar uma vida humana digna.

2- Em um primeiro momento, os direitos humanos surgem como uma proteção em relação ao poder indiscriminado do Estado, restringindo seu poder. Todavia, a seguir, há a necessidade do fortalecimento da estrutura estatal, para que, efetivamente, possam ser garantidos e implementados. Nesse sentido, há um certo paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se limita o Estado, impõe-se o seu fortalecimento.

3- Os direitos humanos surgiram sob a influência da classe burguesa; assim, a sua nomeada primeira geração é formada por direitos de cariz individualista, como o direito à propriedade. Posteriormente, os direitos humanos revestem-se de um conteúdo social, que formatará sua segunda geração. De fato, na primeira geração, encontramos o pleito por um Estado não-intervencionista, típico do Estado liberal de sua época, enquanto a segunda geração requer um Estado atuante, na busca do bem-estar social, nos moldes de um Estado-Providência. Contemporaneamente, pretende-se o nascimento de uma terceira geração dos direitos humanos, como o direito à paz e ao meio-ambiente, em que os titulares não são indivíduos, mas grupos humanos, como a família, o povo ou a nação. No entanto, a essa terceira geração faltariam características essenciais, como uma titularidade precisa, um objeto, uma oponibilidade e uma sanção. Sem embargo, ainda se apresenta demasiadamente ambígua e imprecisa, carecendo de uma consistência a lhe garantir o estatuto de direitos humanos.

4- Embora, por vezes, empregue-se a expressão direitos fundamentais como sinônimo de direitos humanos, consideramos que aqueles correspondem a direitos cri-

dos pelo legislador, compatíveis com as circunstâncias próprias de um determinado país, e objetivados na Constituição, enquanto estes ultrapassam tal situação. Com efeito, os direitos humanos são princípios ético-normativos transpositivos, constituindo elementos legitimadores e fundamentantes da ordem política e da constituenda normatividade jurídica.

5- Os tradicionais modelos de juridicidade – o jusnaturalismo e o positivismo jurídico – apresentam simplificações preocupantes para a compreensão e a proteção jurisdicional dos direitos humanos. Na seara jusnaturalista – e pensamos no moderno jusnaturalismo, haja vista sua contemporaneidade ao surgimento dos direitos humanos –, os direitos humanos afastam-se por completo de qualquer componente histórico. Ora bem, um rápido olhar sobre a evolução dos direitos humanos basta para comprovar a sua relação com os aspectos históricos. Exemplificativamente, trazemos à baila o direito à propriedade, que, se nasceu ilimitado, adequou-se às exigências histórico-sociais, sendo relativizado.

De outra banda, o modelo jusnaturalista apresenta um reducionismo metodológico, em razão de considerar o direito como uma matéria demonstrativa, originando, assim, decisões jurídicas centradas no raciocínio dedutivo. A bem dizer, tal orientação encontra-se em franco processo de superação. Ademais, os direitos humanos dizem respeito ao homem concreto; portanto, exigem um juízo reflexivo para sua realização.

6- O modelo juspositivista, por seu turno, reduz os direitos humanos às ordens escritas. Note-se que as ordens escritas traduzem o sentimento de uma vontade política, não oferecendo garantias efetivas para a sua consolidação. Como registramos, o direito positivo é *auctoritas* e não *veritas* e, tanto quanto reconhece os direitos do homem, pode desconhecê-los. Outrossim, a racionalidade que preside a atividade política é de natureza finalística, por consequência incongruente com a exigência dos direitos humanos.

7- Outra simplificação apresentada pela linha juspositivista diz respeito à irrelevância do fundamento teórico dos direitos humanos – simplificação da relevância do fundamento – em face da real necessidade de se atingir o caminho mais seguro para a garantia destes. Redargüimos, primeiramente, que a análise teórica não exclui a preocupação com sua concretude. De outra parte, observamos, em muitos lugares do planeta, ainda, o não-reconhecimento da razão de ser dos direitos humanos – o que por si já torna relevante o debate acerca de seus fundamentos.

8- Metodologicamente, o positivismo jurídico reduz os direitos humanos a um processo cognitivo, em que basta conhecer o direito posto, vez que será considerado direito humano aquele posto pelo legislador. A racionalidade jurídica corresponde a uma racionalidade formal, descurando-se do elemento substancial da decisão. Enfim, é uma técnica que aplica regras preestabelecidas. Conforme vimos anteriormente, os direitos humanos pleiteiam, para o seu resguardo e sua concretização, um juízo reflexivo, dialógico, consolidado por uma racionalidade material. Por conseguinte, distante do modelo metodológico propugnado pelo positivismo jurídico.

9- Os direitos humanos, com sua base axiológica própria, expressam uma opção para a fática condição humana de coexistência. Assim, apartam-se de uma possível natureza humana, integrando-se ao espaço do mundo cultural humanamente vivificado. Demais disso, não se circunscrevem apenas a princípios expressos nos textos legais, constituindo-se em princípios ético-normativos, transpositivos e densificados historicamente. Nessa direção, exsurge o valor conferido à dignidade da pessoa humana, impondo-se o reconhecimento recíproco que cada ser humano faz de seu semelhante. Noutros termos, o respeito à pessoa humana implica o reconhecimento de que cada ser humano é um sujeito perante os outros, constituído por sua essencial e indisponível eticidade.

10- As sociedades atuais caracterizam-se por uma complexa heterogenia, sendo fragmentadas em seus propósitos. O legislador, refletindo essa situação, assume as parciais intencionalidades dos grupos que representa. Corolário disso é a necessidade de se construir um espaço que consolide a axiologia comunitária, superior a qualquer opção político-social. Nesse sentido, sobressai a estrutura jurisdicional e sua respectiva autonomia como elementos essenciais à afirmação e realização dos direitos humanos.

11- A tutela jurisdicional dos direitos humanos mobiliza uma racionalidade calçada na própria certeza do valor dos direitos humanos. Portanto, deve ser apartada dos modelos de racionalidade finalística ou meramente formal, como os apresentados pelas paradigmáticas figuras do “juiz-treinador” e “juiz-árbitro”, propugnadas por François Ost. A opção pelos direitos humanos implica um comprometimento com a justiça da decisão jurisdicional e não com a adequação às finalidades sociais pretendidas. A permear o processo decisório, essencial a presença de um juízo de natureza prudencial, que se consolida por um fundamento argumentativo, não se limitando a um rol de normas predispostas.

12- A universalidade dos direitos humanos pode ser vista segundo três tópicos básicos: a sua titularidade, temporalidade e âmbito espacial. Noutros termos, se os direitos humanos são universalmente válidos a todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares. Sustentamos que a universalidade dos direitos humanos tem por sede a dignidade da pessoa humana; logo, válida a todos e em todos os lugares. Com relação à universalidade temporal, não podemos olvidar o caráter e a densificação histórica dos direitos humanos. Logo, considerá-los atemporais significa ir de encontro ao que a sua própria realidade prática e teórica indica.

13- A origem dos direitos humanos tem por endereço as linhas culturais do ociden-

te. Contudo, não são inatos a essa cultura, sendo o produto de diversas lutas e conquistas, e refletindo, pois, uma aquisição humano-cultural. A identificação de sua origem não obsta à universalidade de sua extensão, pois não há nenhum impeditivo nesse sentido. O simples fato de se ter um início identificável não impõe qualquer limite ou restrição no âmbito de abrangência de algum elemento cultural. Conforme registramos, se os direitos humanos são relativos em sua origem, são universalizáveis na projeção de seu horizonte prático. Decerto que submetidos a um intercultural processo dialógico de aceitação, excluindo um mero ato de imposição de padrões culturais.

Ao fim, sabemos que o pleito e a defesa dos direitos humanos em todos os recantos do nosso planeta podem ser considerados uma vã utopia. Nesse momento, lembraríamos Ernesto Sábato, a nos ensinar “que o homem cabe apenas na utopia. [E] só quem for capaz de encarnar a utopia estará qualificado para o combate decisivo, o de recuperar o quanto de humanidade houvermos perdido” (2000, p. 165).

Notas

¹ De modo exemplificativo, encontramos: “Proclamar (...) o direito a um meio ambiente pacífico, implicará um pacifismo radical? Um neutralismo? Um direito à guerra limitado à defesa? Em que condições estritas? (...). Além disso, no que respeita ao critério da oponibilidade, em relação a quem estes direitos podem ser invocados? (...) Finalmente, no que concerne à sanção, qual é a máquina judicial, qual a força pública, que conferirão efetividade a tais direitos?” (HAARCHER, 1993, p. 52). Ou ainda: “En ce qui concerne le droit au développement par exemple, on ne sait pas bien qui en est le titulaire (l’individu? Le peuple? L’Etat?), l’objet est flou, il est difficile de dire à quel le droit est opposable (l’Etat si le titulaire est l’individu ou le peuple? Les États riches si le titulaire est l’État pauvre? Etc.), et la sanction est quasi inexistant” (HAARCHER e FRYDMAN, 1998, p. 116).

² Por certo, ao longo da história, outras nomeações intentaram – e intentam – expressar o conceito de direitos humanos. Exemplificativamente, há a

expressão *Direitos Naturais* que, ajustada com a visão jusnaturalista, atualmente caminha para o desuso. Conforme Peces-Barba, "(...) el término derechos naturales tiene importancia en la historia de los derechos humanos pero su uso há perdido sentido en la actualidad" (1999, p. 26). Sem embargo, voltando os olhos à origem histórica dos direitos humanos, há de se reconhecer sua identificação com os tidos direitos naturais. Como exemplo dessa relação, citamos as declarações de direitos do século XVIII, como a Declaração de Virgínia. A esse respeito, ver Soder (1960, p. 88-). Entrementes, outro fato relevante afirma inequivocamente o que asseveramos: o princípio material fundamental da teoria jusnaturalista de Samuel Pufendorf, a idéia da liberdade e igualdade de todos os homens. Nesse sentido, recolhemos as palavras de Welzel: "Pufendorf é o primeiro que, antes de Kant, expressará com palavras tão impressionantes a idéia de dignidade do homem como ser eticamente livre, fazendo dela o suporte de todo seu sistema de Direito Natural e deduzindo também dela a noção dos direitos do homem e da liberdade que determinará o curso do século seguinte" (1957, p. 201). Sublinhamos, como o faz Welzel (1957, p. 202), que a noção de dignidade humana não surgiu originariamente com Pufendorf. O que lhe confere distinção é a primazia dessa noção como um conceito nuclear em sua concepção jusnaturalista. Diante da vinculação com a escola jusnaturalista, a expressão direitos naturais como terminologia abrangente dos direitos humanos carrega consigo uma noção abstrata, descomprometida com a prática social e com a historicidade, tão característica do fenômeno jurídico. Portanto, é imprópria para envolver na integralidade a problemática dos direitos humanos nos dias atuais. A título ilustrativo, citamos ainda outras expressões: *Direitos Públicos Subjetivos* e *Liberdades Públicas*. Esta na seara da doutrina francesa, aquela nascida no berço da escola de direito público alemã do século XIX. De origem anglo-saxônica, sobretudo utilizada por Ronald Dworkin, e em voga nos dias atuais, surge-nos a expressão *Direitos Morais*. Sobre as correntes terminológicas nesta nota citada, ver Peces-Barba (1999, p. 27-36 *passim*).

³ Falamos no direito tão-somente como uma alternativa à coexistência humana. E parece-nos difícil assim não considerar após a verificação e compreensão das opções outras que, além de identificáveis, são "tendências reais que vincam o nosso tempo: [contrapondo] à ordem de validade do direito (...) tanto a ordem de necessidade do poder como a ordem da possibilidade da ciência e ainda a ordem de finalidade da política" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 300).

⁴ Com efeito, afirmamos que a concepção dos direitos humanos situa-se como um ideário pró-

prio da era moderna. Conforme assinalamos, não se nega a existência anterior das noções sustentadoras dos direitos humanos, mas sim que tais noções não convergiam para o conceito de direitos humanos. Então, diríamos que os direitos do homem são uma nova árvore florescida na era moderna, a nutrir-se de raízes e sementes lançadas desde épocas anteriores. Exemplificativamente, anotamos: "Entre lo nuevo están los derechos humanos, aunque también tienen una prehistoria medieval, donde apunta un elemento decisivo que es el de límite al poder político, a través de privilégios otorgados a gremios, a clases sociales o la burguesia de las ciudades (...)" (PECES-BARBA, 1999, p. 114). Igualmente, acerca das origens antigas e medievais dos direitos do homem, ver Soder (1960, p. 15-44).

⁵ Ilustramos a assertiva com a palavra poética de Antonio Machado: "Por mucho que un hombre valga, nunca tendrá valor más alto que el de ser hombre" (1997, p. 10).

⁶ Nesse sentido, lembramos o artigo de Benito de Castro Cid, intitulado "Derechos Humanos: ¿Retórica Política o Realidad Jurídica?". Com efeito, encontramos aí uma distinção dos referidos planos. No âmbito dos textos intra-estatais, os princípios programáticos apresentariam um predomínio de caráter retórico, valendo mais por sua intencionalidade filosófico-política que por sua intensidade jurídico-normativa. Em outra situação, o citado autor posiciona a legislação ordinária, caracterizando-a como autêntica norma jurídica, portanto, com um alto nível de normatividade jurídica. Por óbvio, a atividade jurisdicional está assentada no âmbito da realidade jurídica, e não no campo do discurso político. No plano dos textos supra-estatais, o autor salienta duas vias: as declarações e os pactos ou convênios, em que estes possuiriam uma intensa valência jurídica – sendo tidos como autênticas normas do Direito Internacional – enquanto aquelas expressariam uma natureza notadamente retórica (2000, p. 95-108 *passim*).

⁷ Desnecessário salientar que tal opção sob nenhum aspecto significa uma desconsideração acerca de outras vias afirmadoras dos direitos humanos, tanto em nível das organizações comunitárias, que integram diversos Estados soberanos, v. g. a União Européia, quanto em nível interno dos próprios Estados. Nessa direção, exemplificativamente, trazemos à lume as vias políticas e a expressa enunciação feita em Tratados (DUARTE, 1999, p. 29). Observamos que essas vias se inter-relacionam, sem, contudo, apresentarem necessariamente uma existência comum e dependente, haja vista serem autônomas.

⁸ Nessa pluralidade do jusnaturalismo, além da linha racionalista acima observada, recortamos outras duas grandes linhas: a cosmológica e a teológica. Ora bem, a linha cosmológica, presente mar-

cadamente no período pré-socrático, relaciona a idéia de natureza com um sistema cósmico, que encerra em si próprio sua lei. Como exemplo, trazemos o nome de Anaximandro de Mileto (610 a. C.-546 a. C.), que encaminha a idéia de justiça para o universo, considerado como uma *polis* em dimensão superior, sujeitando-a, assim, a uma ordem. Conseqüentemente, existiria uma norma universal. Em outro pensador da época, Heráclito (535 a. C.-470 a. C.), há, de igual modo, o liame entre a justiça e a ordem universal. A caracterizar a estrutura filosófica desse pensador está a compreensão de que tudo se encontra em perpétuo movimento, em um contínuo fluxo, sobressaindo uma idéia de oposição. Conforme Heráclito, “não é possível ingressar duas vezes no mesmo rio, nem tocar duas vezes uma substância mortal no mesmo estado” (*apud* PANIÁGUA, 1996, p. 16). Tudo há de fluir, dispor-se de outro modo, mas segundo uma ordem (FERRATER MORA, 1969, p. 362), uma lei universal que fornece aos homens as regras de ação. Dessa lei universal devem decorrer as leis dos homens. Na linha teológica, situada notadamente na Idade Média, sobreleva a percepção segundo a qual as leis são derivativas de Deus. Por certo, destacam-se os nomes de Santo Agostinho (354-430) e de São Tomás de Aquino (1225-1274). Para Santo Agostinho, há uma lei eterna, oriunda de Deus e de sua vontade, definida como a razão divina, da qual decorre a ordem do mundo. Tal lei eterna reflete na consciência dos homens, devendo ser a base das leis positivadas. Demais disso, a lei eterna caracteriza-se por sua imutabilidade, bem como por sua universalidade. O postulado da justiça abriga-se na vontade divina, exprimindo-se “(...) num complexo de preceitos e imperativos, emanados de Deus, que o homem deve observar para merecer a salvação eterna” (CABRAL DE MONCADA, 1995, p. 62). Em São Tomás de Aquino, acentuamos a sua tripartite segmentação da lei, em que haveria a lei eterna, a natural e a humana. A lei eterna é definida como “o plano da divina sabedoria enquanto dirige todas as ações e movimento” (*apud* PANIÁGUA, 1996, p. 86), sendo, assim, o alicerce regulador e normativo da conduta humana. A lei natural, que deriva da *lex aeterna*, vem a ser “a participação da lei eterna na criatura racional” (*apud* PANIÁGUA, 1996, p. 87), manifestando-se por meio da natureza humana, por meio de suas tendências, ou pela razão natural, conhecendo o ser humano o que é bom e o que é mau (PANIÁGUA, 1996, p. 87). A lei humana, ou seja, a lei imposta pelas autoridades humanas, por seu turno, há de estar harmonizada com a lei natural e, obviamente, com a lei eterna. Uma lei que se afasta do direito natural não é, em última instância, uma verdadeira lei, senão que uma “corrupção de seu próprio sentido, uma *legis corruptio*” (WELZEL, 1957, p. 70). Contudo,

devem ser obedecidas a fim de se evitar a desordem, devendo ser desobedecidas aquelas leis que ferirem, de fato, a lei divina. Por ora, encerrando nossa sumária exposição jusnaturalista, anotamos, em conformidade com Radbruch, que, na Antigüidade, existia o contraste entre a natureza e as normas; no período medieval, o contraste era verificado entre um direito de origem divina e um direito elaborado pelo homem; e, na época moderna, conforme será visto no corpo do trabalho, o contraste centrava-se entre o direito oriundo da razão e o direito positivo (1997, p. 62).

⁹ Registramos que o critério adotado por nós é o mesmo utilizado por Peces-Barba (1999, p. 241).

¹⁰ Na Alemanha setecentista, a expressão emancipação significava que o homem possuía em si próprio o sentido de orientação do seu próprio conhecimento. Posteriormente, estende-se à humanidade, “destinatária de uma acção libertadora, pois não há maior crime do que manter os homens na condição de animais domésticos” (PEREIRA, 1990, p. 95).

¹¹ Por via de conseqüência, o homem alheou-se de Deus – ao menos daquele Deus, pai dos homens com morada no céu.

¹² Como sempre, ilustrativas são as palavras de Hazard: “A razão é como uma soberana que, tendo alcançado o poder, toma a resolução de ignorar as províncias onde sabe que nunca poderá reinar totalmente (...)” (1989, p. 35).

¹³ Lembramos aqui Sófocles e o drama de sua Antígona, que, ao afrontar Creonte, afirma: “Não foi Zeus que ditou esse decreto; (...). E não creio que os teus decretos tenham tanto poder que permitam a alguém saltar por cima das leis, não escritas, mas imutáveis, dos deuses; a sua vigência não é nem de hoje nem de ontem, mas de sempre, e ninguém sabe como e quando apareceram” (SÓFOCLES, 1974, p. 24).

¹⁴ Vem-nos à memória a hipótese de Hugo Grócio, em que o direito natural seria válido embora sem a existência de Deus.

¹⁵ A esse propósito, recordamos Welzel: “Em lugar dos teólogos, aparecem agora filósofos politizantes e juristas filosofantes” (1957, p. 136).

¹⁶ Oportuno mencionarmos que o individualismo “acabou por ser expressão político-social da liberdade moderno-iluminista” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 05).

¹⁷ Nessa direção, ver também Peces-Barba (1999, p. 42).

¹⁸ Exemplificativamente, o direito à propriedade, que, declarado absoluto nos fins do século XVIII, sofreu fortes limitações nas declarações contemporâneas (BOBBIO, 1992, p. 18).

¹⁹ Pontualmente, sublinhamos que Kant empresta ao estado de natureza uma razão de ser nova, porque a visão kantiana não remonta à origem histó-

rica dos Estados politicamente organizados, senão que “designa (...) una categoría destinada a hacer comprensible un proceso abstracto” (GONZÁLEZ VICEN *apud* KANT, 1997, p. 113).

²⁰ Nesse sentido, e tão-só de modo exemplificativo, trazemos à lume o nome de Christian Wolff (1679-1754) e seu racionalismo apriorístico. Para Wolff, o homem persegue sua perfeição, alcançável pela adequação de suas ações à sua própria natureza. Desse pressuposto, se deduz a lei fundamental da natureza, imutável, universal e da qual todas as demais são derivadas conforme um processo lógico, segundo o qual o homem está obrigado a realizar as ações tendentes à perfeição humana e, por conseguinte, a não realizar aquelas inclinadas à sua imperfeição. Ao fim, com Wolff, alcança-se “(...) al momento cumbre de la exageración del elemento racional en el orden jurídico, sin prestar la más mínima atención a lo que el derecho es como producto cultural y histórico” (RODRIGUEZ MOLINERO, 1973, p. 65).

²¹ Em Lafer, encontramos: “A idéia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência européia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa” (1999, p. 39).

²² Cabral de Moncada nos fala em “matematização da ciência jurídica” (1995, p. 183). Ainda alusivo ao sistema do direito natural, registramos: “Séduits par les premiers succès des sciences physiques et éblouis par la perfection des raisonnements logiques et mathématiques, les hommes (...) poursuivent activement le projet de construire une science naturelle du droit, qui atteindrait à un degré de certitude égal, et peut-être même supérieur, à celui des mathématiques” (HAARCHER e FRYDMANN, 1998, p. 41)

²³ Assim, “la raison juridique déserte le terrain rhétorique du probable pour le terrain jugé plus ferme de la certitude, identifié au domaine logique et mathématique” (HAARCHER e FRYDMAN, 1998, p. 44), pois vale lembrar que, com Descartes, as coisas situadas no âmbito do provável eram consideradas falsas.

²⁴ Servimo-nos da expressão “projeto de direito” no sentido de que talvez pudesse vir a ser direito, uma vez que assumimos o magistério do Professor Castanheira Neves, segundo o qual “o direito não é (não é direito) sem um particular modo de existência (...). O direito só pode reconhecer-se, como tal, enquanto se impõe como vinculante determinação da ação, i. é, quando nessa sua vinculação manifesta uma específica dimensão prática e constitutiva de uma certa prática (...). Só a determinação e vinculação práticas transformam a juridicidade em direito” (1983, p. 531-532).

²⁵ A corroborar nossas afirmações: “Quando, sem embargo, [o direito natural] depois de uma espera milenária, começou a imperar sobre a realidade, depositou com ele mesmo o germe de sua própria decadência. Desde o princípio, o Direito natural vivera da tensão entre idéia e realidade, e, por isso, ao converter-se em realidade, cegou a fonte da qual, até então, extraíra sua força” (WELZEL, 1957, p. 207). Para concluirmos com Welzel, temos: “Depois de haver saído à luta com a pretensão de criar um Direito válido para todos os povos e todos os tempos, terminara por converter-se em um código austríaco, prussiano, francês” (1957, p. 207). Na mesma linha, registramos: “De fato, a codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico” (LAFER, 1999, p. 39).

²⁶ Releva observar que, ao falarmos em normas fazemo-lo em um sentido amplo, como prescrições jurídicas, onde são sinônimas as expressões leis e regras.

²⁷ Não preconizamos um imobilismo, uma estagnação das instâncias políticas, econômicas ou tecnológicas. Com efeito, advogamos que os direitos humanos não sejam subjugados a elas, sendo, sim, a medida a ser observada nessas áreas. Então, que qualquer avanço político, econômico ou tecnológico seja estremado pelo rigoroso respeito aos direitos humanos.

²⁸ Ver Peces-Barba (1999, p. 53). Oportuno referir que o mencionado autor nomina o reducionismo, a simplificação que ora aludimos de “reducionismo prático ou impróprio”, conforme obra e local citados.

²⁹ Sem embargo, convencido da validade universal dos direitos humanos, o autor Amartya Sen preconiza que a receptividade política e social dos direitos humanos depende “de forma considerável de sua capacidade de resultar convincente” (*apud* FERRAJOLI, 2001, p. 206).

³⁰ Nesse sentido, destacamos a análise de Luca Baccelli (2001, p. 204).

³¹ Convém salientarmos que falamos especificamente em um tipo de jusnaturalismo, a saber, o jusracionalismo.

³² Registramos: para o positivismo jurídico, o elemento constante do direito, que lhe conferirá validade, é encontrado em sua dimensão formal, posto ser alheia às alternâncias substanciais apresentadas pelas legislações. A essa respeito, ver Gonzáles Vicen (1961, p. 50).

³³ A semelhança referida estende-se a toda a compreensão do direito feita pelo jusnaturalismo e o juspositivismo.

³⁴ Conforme registramos em outro momento, ao falarmos em racionalidade, “referimo-nos aos posicionamentos sustentados por pressupostos mobilizados pelo pensamento e que teleologicamen-

te buscam uma validade objetiva” (MELGARÉ, 2000, p. 298).

³⁵ Sem embargo, não preconizamos o total desprezo aos Tratados, Leis e Convenções. Mas os consideramos como critérios normativos a também orientarem a realização do direito.

³⁶ Com Hannah Arendt, diríamos: “o fato que não um homem, senão muitos homens vivem sobre a terra” (1998, p. X).

³⁷ Acerca do princípio da igualdade, ver, sobretudo, Castanheira Neves (1983, p. 118-).

³⁸ Precisamente, convém registarmos aqui o que já observamos noutra lugar: esse elemento relacional é que distingue pessoa de indivíduo, pois, enquanto a pessoa só existe entre outras pessoas, constituindo-se pelos outros, o indivíduo substancialmente também existe isoladamente (MELGARÉ, 2000, p. 309).

³⁹ Ou, como disse Charbonneau, “um ser comunicável e comunicado” (1965, p. 97).

⁴⁰ Demais disso, “dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 215).

⁴¹ Aqui, não fazemos menção a uma responsabilidade individual, mas a uma responsabilidade que considere o homem como um ser contínuo, e, portanto, responsável também perante os concretos e reais seres humanos de amanhã, que podem ser sacrificados diante de atitudes e comportamentos nossos de hoje.

⁴² Decerto que não eliminamos a universalidade ou a generalidade do ato legislativo, apenas consideramos sua intensa carga política, que atende, inclusive, a exigências postas pelo próprio Estado Social. Sem embargo, unicamente realçamos a evolução do sentido da legislação, ocorrida entre o período moderno-iluminista e os dias de hoje.

⁴³ Em conformidade com o autor, que, inspirado pelo mundo dos esportes, classifica a função do juiz. O modelo do “juiz-árbitro” molda-se às sociedades liberais, em que as regras de conduta são numerosas e precisas, e a idéia de progresso, assim como a busca das performances, situa-se no âmbito individual, fazendo com que cada ator social – ou jogador, segundo OST – tente “ganhar a partida”. A dinâmica social transcorre dentro de um quadro com as regras traçadas, cabendo, então, ao juiz unicamente garanti-las (*op. cit.*).

⁴⁴ O “juiz-treinador” – “juge-entraineur” – seria o substituto do “juiz-árbitro”, adequando-se aos padrões da sociedade pós-industrial, em que as relações sociais são coletivas, e o jogo social essencialmente performático. O “juiz-treinador” renuncia ao papel passivo do “juiz-árbitro”, concorrendo, com suas decisões e resoluções, a alcançar a

vitória coletiva, sendo responsável pela promoção dos interesses e objetivos socioeconômicos (OST, 1983, p. 45-47 *passim*).

⁴⁵ Registramos que a expressão universalidade relaciona-se a outros aspectos e significados, conforme se pode ver, entre outros, em Peces-Barba (1999, p. 299-).

⁴⁶ Oportuno lembrar o seguinte exemplo: “No hay pretensión moral que conduce a libertad de prensa hasta que ésta se consolida en la Europa de los siglos XVII e XIX, ni secreto de las comunicaciones, que sustituye a la inviolabilidad de la correspondencia, hasta que aparece el telégrafo, el teléfono o el correo electrónico (...)” (PECES-BARBA, 1999, p. 311).

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRONZE, Fernando José. *A metodonomia entre a semelhança e a diferença*: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico. Coimbra: Coimbra, 1994.

CABRAL DE MONCADA, Luis. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Tradução de Atilio Pentimalli Melacrino e Blanca Ribera de Madariaga. Barcelona: Ariel, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra 1995. v. 1.

_____. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 1976.

_____. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *Metodologia Jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

CHARBONNEAU, Paul-Eugène. *Cristianismo: sociedade e revolução*. São Paulo: Herder, 1965.

CID, Benito de Castro. *Derechos humanos: ¿retórica política o realidad jurídica?* *Persona y Derecho*, n. 42, p. 95-108, 2000.

COMTE-SPONVILLE, André; FERRY, Luc. *A sabedoria dos modernos*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUARTE, Maria Luísa. *A União Europeia e os direitos fundamentais: métodos de protecção*. *Portu-*

- gal-Brasil ano 2000* (tema Direito), Coimbra, p. 27-49, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Organização de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarell. Madri: Trotta, 2001.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofia*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1969. v. 1
- GONZÁLES VICEN, Felipe. Sobre los origenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporaneo. *Anuario de Filosofia del Derecho*. Madri: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1961. t. 8.
- HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- HAARSCHER, Guy ; FRYDMAN, Benoit. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987. v. 1.
- HAZARD, Paul. *O pensamento europeu no século XVIII*. Tradução de Carlos Grifo Babo. 3. ed. Lisboa: Presença, 1989.
- KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Tradução de Felipe Gonzáles Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- LOPES, Teresa Rita. *Pessoa por conhecer*. Lisboa: Estampa, 1990. v. 1.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- LYOTARD, Jean-François. Los derechos de los otros. *De los derechos Humanos: las conferencias Oxford Amnesty* de 1993. Tradução de Hernando Valencia Villa. Madri: Trotta, 1998.
- MACHADO, Antonio. *Poesías completas*. 24. ed. Madri: Espasa, 1997.
- MELGARÉ, Plínio Saraiva. A ética como dimensão constitutiva do direito. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, n. 80, p.291-314. dez. 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: 1999.
- OST, François. *Fonction de juger et pouvoir Judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983.
- PANIÁGUA, José María Rodríguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madri: Universidad Complutense, 1996. v. 1.
- PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Livraria Moderna, 1990.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madri: Tecnos, 1984.
- _____. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1999.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Luis Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RODRIGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1973.
- SÁBATO, Ernesto. *Antes do fim: memórias*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.
- WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*. Tradução de Felipe González Vicen. Madri: Aguilar, 1957.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução António M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.