

O DESAFIO DA PRECISÃO TERMINOLÓGICA: UMA NOVA LINGUAGEM JURÍDICA NA CONCEPÇÃO ATUAL DE DIREITOS HUMANOS

*Luciana Rodrigues Penna**

*N*um contexto político e econômico ambíguo, onde a globalização encontra a tendência à formação de blocos regionais de Estados, onde se verificam altos índices de desrespeito às normas mundiais e nacionais de defesa da dignidade das pessoas, em muitos pontos do planeta, parece urgente discutir a identidade dos direitos humanos na atualidade, sua autonomia enquanto categoria específica de direitos, bem como a condição necessária de sua aplicabilidade e eficácia. Subsídios para o estudo podem ser encontrados na própria construção histórica da linguagem jurídica, da qual resultou a inserção dos direitos humanos na Constituição, a Lei Fundamental da nação, seu locus privilegiado.

* Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria (RS).

Encontrar uma conceituação universalmente aceita de direitos humanos ainda é um desafio, mesmo após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Organização das Nações Unidas, em 1948.

Ao pesquisar sobre o tema, logo se percebe que o primeiro obstáculo está na própria conceituação de direitos humanos, ou seja, na atribuição de um significado concreto a essa expressão. O jurista argentino Eduardo Russo coloca a questão das definições, a complexidade e a dimensão do desafio de definir direitos humanos. Segundo ele: “definir es marcar los límites dentro de los cuales se espera encontrar al objeto de nuestros afanes. Precisar lo que los lingüistas denominan campo semántico o referente. Lo primero que se nos ocurre es recurrir a un diccionario, como nos enseñaron en la escuela. Pero de donde sacan las definiciones los que hacen el diccionario?”¹ De fato, sem atribuir um conteúdo preciso a essa expressão, não se pode discutir sua existência, sua positivação, menos ainda se sua tutela jurídica é ou não é eficaz. Detecta-se o paradoxo implícito nesse intento, pois ao buscar uma noção científica e, portanto, universal de direitos humanos, inevitável é que se recaia na pesquisa do seu *significado*, o que remete o jurista à investigação *da história*.²

A problemática conceitual dos direitos humanos pode ser apresentada em pelo menos dois aspectos distintos: 1) *aspecto formal*: relativo à terminologia adotada nas normas jurídicas e na doutrina; 2) *aspecto material*: relativo ao conteúdo das normas jurídicas (aspectos políticos e axiológicos).

A historicidade aparece como o atributo que situa o reconhecimento e a proteção de direitos humanos, em tempo e lugar determinados. Tal qualidade, que caracteriza esses direitos, permite compreender a variabilidade do seu conteúdo. Como principais atributos dos direitos humanos, enquanto categoria jurídica, destacam-se: a inerência ao ser humano, a historicidade, a inalienabilidade, a universalidade e por fim, a indivisibilidade. Os direitos humanos podem, pois, ser analisados sob o aspecto da sua justificação, em

¹ RUSSO, Eduardo Ángel. *Teoría General del Derecho en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p 19.

² Para Cançado Trindade é característica dos *direitos humanos* a sua afirmação ao longo da história dos séculos. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1, p 17. Também Norberto Bobbio entende que a expressão direitos humanos é vaga e leva a definições tautológicas do tipo *direitos humanos são os direitos do ser humano enquanto tal*, o que remete a um proposto ou desejado estatuto universal. Assim, quando introduzimos na definição alguma referência de conteúdo, esta se torna avaliativa, isto é, impregnada de valor ou ideologia. Bobbio considera a classe direitos humanos como mal definível, variável, heterogênea e muitas vezes antinômica. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17-19.

teorias para fundamentá-los, ou na perspectiva de seu reconhecimento (ou não) pelo Estado. Havendo este reconhecimento estatal, através da Constituição e das leis, pode-se detectar a medida da preocupação em institucionalizar a proteção dos direitos humanos.

Quanto à questão da terminologia, percebe-se que várias expressões têm sido empregadas ao longo dos séculos para designar os direitos da pessoa humana: direitos fundamentais, direitos do homem, direitos naturais, direitos humanos, valores superiores, garantias individuais, direitos concretos, liberdades públicas.³

Ao analisar-se o termo *direito* e os qualificativos *humano* e *fundamental*, torna-se possível o estabelecimento de duas discussões: uma discussão filosófica – onde cabem as perguntas *O que são direitos humanos?* e *Por que são fundamentais?* – e uma discussão jurídica – onde cabe a pergunta *Como são tratados esses direitos?*

Optou-se pelo emprego da expressão *direitos humanos* por entendê-la abrangente e capaz de sintetizar a idéia de direitos *básicos*, ou seja, fundamentais para o ser humano, direitos sem os quais a vida humana não pode existir nem se desenvolver satisfatoriamente.⁴ Trata-se, cabe frisar, de uma escolha metodológica, que permite trabalhar o tema utilizando uma única expressão, para com ela designar tanto os direitos consagrados nas Constituições estudadas, quanto aqueles direitos que se encontram reconhecidos em Tratados e Convenções Internacionais.⁵ Assim, não há possibilidade de definir *direitos humanos* tomando os termos em si, uma vez que a própria linguagem é uma construção social. A existência dos grupos humanos, ou seja, a própria convivência dos seres humanos, é fonte permanente de construção de expressões e significados. Essa construção de significados ocorre também em relação ao discurso jurídico, em que os significados dos termos técnicos, em muitos casos, tornam-se relativos, dependentes do imaginário

³ DORNELLES, João Ricardo. *O que são Direitos Humanos?* Rio de Janeiro: Brasiliense, 1996. p. 9.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p. 7. Segundo o autor, a expressão *direitos humanos* é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.

⁵ Há, no entanto, entendimento divergente quanto ao emprego das expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* como sinônimas. Para alguns autores, onde não houver Constituição não há direitos fundamentais. Para que os direitos sejam juridicamente fundamentais, necessita-se de seu reconhecimento em uma Constituição. Só assim, positivados no nível constitucional, sua violação pode gerar conseqüências jurídicas. CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 497. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

do legislador e do jurista, em um momento determinado.⁶

Os antigos gregos acreditavam na existência de significados *verdadeiros*, o que pressupõe a existência de significados falsos e falsificadores da linguagem. À busca do significado verdadeiro dos termos, mediante a pesquisa de suas origens denominou-se etimologia. De acordo com a etimologia, o termo *direito* é proveniente do termo latino *directus*, que significa *reto*, *aquilo que não se inclina nem para um lado nem para outro*, que nos dá também o significado de *justo*, sendo que de *reto* também se originou o termo *regra*, ou seja, o instrumento com que se traçam linhas retas.⁷ Desse modo, a etimologia é um caminho, uma proposta para a compreensão de um termo, em sua forma e em sua significação. Esta, por sua vez, se situa no interior da linguagem. A significação, portanto, é o co-pertencer de um termo e daquilo a que ele remete, progressivamente, direta ou indiretamente. Ela é um feixe de remissões a partir e em torno de um termo. Assim, uma palavra remete a seus significados lingüísticos canônicos, quer sejam “próprios” ou “figurados” (...). A possibilidade permanente de emergência de significados lingüísticos outros, que não os já registrados para um dado estado sincrônico da língua, é constitutiva de uma língua viva.⁸

Ora, se cada termo, inserido no universo de uma linguagem dada, pela sua coexistência com outros termos, pode assumir significações diversas, então não é viável a determinação de um significado que lhe seja *o correto*, ou *o absoluto*, ou *o verdadeiro*. Se a linguagem pode ser definida como um conjunto de termos e suas variadas significações, então, a própria linguagem jurídica, que apresenta uma especificidade (no sentido de atender a uma demanda por soluções aceitáveis para situações de conflito) também deve ser compreendida como um conjunto de termos e expressões, cujos significados são interdependentes, ou seja, se constroem em seu próprio bojo. Portanto, a relatividade é uma característica da linguagem em geral, logo, também da linguagem jurídica, afetando mesmo os termos e expressões que se qualificam “técnicos”. As relações jurídicas, sempre

⁶ Um exemplo da influência da cultura jurídica na concepção do significado de expressões jurídicas, é o entendimento de direitos fundamentais adotado pelo constitucionalista português Jorge Miranda. O autor distingue os *direitos fundamentais em sentido formal* (aqueles que se acham consagrados na Constituição) dos *direitos fundamentais em sentido material* (aqueles direitos básicos da pessoa, que podem existir antes mesmo da vigência da Constituição, e cuja transcendência ela reconhece através de um dispositivo expreso). Para a análise mais completa ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. pp. 8-12.

⁷ RUSSO, Eduardo Angel. *Op. cit.* p. 17-18.

⁸ CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 390.

situadas na dúplice dimensão espaço/tempo, não comportam a absolutização de seus instrumentos de concretização, dentre os quais se situa a linguagem. Logo, mutáveis são os significados dos termos que traduzem a existência humana e seus atributos, porquanto refletem a própria mutação vital e a dinâmica das relações sociais.⁹

Na própria doutrina jurídica encontra-se o alerta quanto à heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, no que diz respeito ao significado e conteúdo de cada termo utilizado.¹⁰ Evidencia-se, então, a necessidade de demarcar um *critério unificador*¹¹ na definição desses direitos. Ressalte-se que a própria Constituição Federal brasileira promulgada em 1988 cede à “tentação” do emprego de termos diversos.¹²

Encontra-se, na doutrina jurídica argentina, semelhante posicionamento, admitindo-se que a expressão direitos humanos poder resultar tão equívoca como quase todas as palavras do vocabulário político, como *povo, liberdade, soberania, democracia, bem comum*, dentre outras.¹³ Assim, a expressão *direitos humanos* pode ser tomada em dois sentidos: um sentido geral, amplíssimo e absoluto, e um sentido restrito, relativo a uma questão especial, a um caso concreto.¹⁴ Alerta-se, entretanto, para o fato de que o uso indiscriminado da expressão direitos humanos na linguagem cotidiana, pela imprensa e mesmo nos discursos políticos e jurídicos, produziu uma espécie de “esvaziamento semântico” da mesma, isto é, conduziu à predominância de uma significação emotiva, irracional dos termos. Isto desgastou a sua força política, desfazendo a importância do seu debate.¹⁵

Germán Campos aponta a individualidade como um dos atributos dos direitos humanos. Para o autor, tal feição individual explica-se pelo fato de que o sujeito titular desses direitos é o homem (no singular). Assim, justifica-se o emprego de várias expressões sinônimas para designar os direitos humanos: direitos da pessoa humana, direitos individuais, direitos naturais do

⁹ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Para o autor, não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado (...) o que ocorre é que desde sempre o *sujeito interpretante* está inserido no mundo, em um mundo lingüisticamente constituído (p. 199).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 1998. p. 29.

¹¹ *Ibid.* A expressão grifada é do autor. p. 29.

¹² *Direitos humanos* (art. 4º, inc. II); *direitos e garantias fundamentais* (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); *direitos e liberdades constitucionais* (art. 5º, inc. LXXI) e *direitos e garantias individuais* (art. 60, §4º, inc. IV). *Ibid.*

¹³ RUSSO, Eduardo Ángel. *Derechos Humanos y Garantías - el derecho al mañana*. 1992. p. 23.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

homem, direitos fundamentais do homem, apesar de possíveis objeções ao seu uso.¹⁶ Do emprego da palavra “homem” no singular, ao se referir aos direitos humanos como direitos *do homem*, derivam-se algumas considerações. Inicialmente, a expressão designa os direitos da pessoa enquanto ser humano, enquanto pertencente à espécie humana, deixando de tomar em consideração, num primeiro momento, as especificidades de cada pessoa (como idade, cor, raça, sexo, nacionalidade, estado de saúde física e mental, profissão e ideologia política etc), para apenas ter em mente a sua condição humana.¹⁷ Somente a partir dessa generalidade é que se pode atribuir aos direitos humanos caráter universal.¹⁸

A individualização dos direitos humanos, no entanto, aparece como passo inevitável na seqüência evolutiva da construção de seu significado, desencadeando a noção de direitos individuais, já numa primeira aproximação com a realidade da condição da pessoa enquanto sujeito que se desenvolve em uma existência individualizada. Daí também se seguirá o emprego das expressões direitos naturais do homem ou direitos fundamentais do homem (homem-indivíduo).¹⁹

Após essa primeira aproximação, vê-se o surgimento das noções de direitos humanos cada vez mais reveladoras das especificidades da pessoa humana, já a tomando enquanto sujeito que convive com outros sujeitos, que compartilha espaço e tempo determinados, que experimenta circunstâncias e formas de existência determinadas, enfim, a pessoa contextualizada, na esfera social. Cada vez mais os direitos humanos caminham na direção de

¹⁶ CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría General de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 1-2.

¹⁷ *Ibid.* p. 2. Para uma reflexão mais ampla sobre aspectos da natureza humana ver ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Forense Universitária, 1997. Segundo a autora, o ser humano se caracteriza pela ambígua condição de encontrar identidade com todos os demais seres humanos na esfera pública (que Hannah Arendt considera o lugar da igualdade), e encontrar a diferenciação na esfera privada (que para a autora é o lugar da singularidade, do diferente e único em cada ser humano). Assim, é que a igualdade entre os seres humanos só se pode dar através da lei, enquanto instrumento de instituição e organização da dimensão pública da vida. Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 152-153.

¹⁸ Aludindo à idéia de *substância* apresentada por Boécio (século VI) e adotada por Santo Tomás de Aquino, Fábio Comparato entende que foi justamente sobre esta concepção medieval de pessoa, enquanto “substância individual de natureza racional”, que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica e cultural. Segundo o autor “é essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo o homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam de sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.” Ver COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19.

¹⁹ CAMPOS, Germán J. Bidart. *Op. cit.* p.4.

captar as necessidades humanas onde quer que se possa encontrá-las (na dimensão privada-individual, pública-social, econômica, moral, política)²⁰.

Quanto ao pleonasma de qualificar direitos humanos como *humanos*, crê-se ser um risco afastado, pois embora a impossibilidade de cogitar-se um direito desvinculado de um titular, e de se imaginar outro titular para os direitos humanos, que não a pessoa humana, a utilização desse qualificativo não tem a função de demonstrar que o direito pertence ao ser humano, ou seja, de revelar o óbvio. O seu emprego visa, isto sim, frisar que o direito é fundamental, no sentido de inerente ao ser humano, inafastável da condição humana. Dito de outro modo, os direitos são *humanos* não apenas por terem como titular o homem, mas sobretudo por traduzirem “exigências que provém da ordem do valor, as quais se deve dar recepção nesse outro âmbito cultural da vida humana, que é o mundo jurídico-político”.²¹ É nítida, portanto, a inviabilidade de se alcançar uma definição de direitos humanos que tome em conta apenas os termos em si. Tratar-se-á, a seguir, de sua definição obtida através do decurso histórico.

Tomando como metáfora a canção de Vitor Rami, intitulada *Noite de São João*²², vê-se que como não há festa de São João onde São João não é festejado, do mesmo modo não há direitos humanos onde estes direitos não são reconhecidos pelo Estado, previstos na Constituição nacional, nas leis e nas normas de Direito Internacional. Não há direitos humanos efetivamente garantidos e promovidos onde não estão devidamente legalizados. Assim, ao se pretender passar de conceitos gerais e absolutos para definições concretas, a definição de direitos humanos é encontrada a partir da perspectiva histórica, o que conduz à análise das constituições nacionais, bem como das declarações, tratados, convenções e pactos internacionais, através dos quais, os Estados e organizações internacionais consagram direitos humanos e garantais fundamentais.

Neste momento, a preocupação em definir o que é essencial na noção de direitos humanos, cede lugar à preocupação com o seu reconhecimento

²⁰ Essa evolução da concepção de direitos humanos, está vinculada à própria evolução do Constitucionalismo. As suas diversas vertentes (Liberal, Social, Democrático), trazem elementos para conceber os direitos humanos como, primeiramente, direitos individuais, depois como direitos sociais, chegando-se a noções como a de direitos de terceira geração (transindividuais, coletivos e difusos). Para aprofundar a evolução histórica do Constitucionalismo, ver BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. vol. I, 8. ed. Brasília: UnB, 1995, p.246-258.

²¹ Segundo Fábio Comparato, o reconhecimento de que os direitos humanos são valores fundamentais, os mais importantes da convivência humana, marcou uma das etapas da consolidação da noção de pessoa humana, como dotada de uma dignidade específica. Haveria, portanto, em relação a esses direitos, uma hierarquia axiológica. COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 25.

²² “Noite de São João/Para além do muro do meu quintal/Do lado de cá/Eu sem Noite de São João/Porque há São João onde o festejam/ Para mim há uma sombra de luz/ De fogueiras na noite/ Um ruído de gargalhadas/ Os baques dos saltos/ E o grito casual/ De quem não sabe que eu existo.” Vitor Rami, *Noite de São João*. Compact Disc “A Estética do Frio”.

legal e social, e com a efetiva proteção do que fora reconhecido ao longo da história humana. Pode-se concluir, então, que a tradição e o contexto nacional são fatores que encontram aqui significativos peso e relevância. Assim, deduz-se que nem sempre, nem sempre na mesma medida e nem em todas as sociedades, os mesmos direitos são reconhecidos como atributos fundamentais das pessoas.

No entanto, é consenso entre os juristas que as origens dos direitos humanos se encontram nos primórdios da civilização. Por isso, desde as concepções formuladas pelos hebreus, pelos gregos, pelos romanos e pelo cristianismo, passando pela Idade Média, a compreensão de direitos essenciais para as pessoas vem se formando e consolidando, até alcançar a significação que tem nos dias de hoje.²³

Recorde-se que houve períodos históricos, em que além de a pessoa humana ser titular de direitos e deveres, portanto responsável juridicamente pelos seus atos, também os animais eram responsabilizados juridicamente, podendo, tanto quanto as pessoas, ser sujeitados a julgamentos e punições estatais. Com o advento da modernidade, quando a razão humana adquire relevância política, os animais deixam de ser considerados imputáveis, e os direitos e deveres fundamentais são direitos e deveres das pessoas.²⁴

O ser humano, para efeito de reconhecimento de seus direitos fundamentais, é tomado em pelo menos três dimensões complementares entre si:

- *dimensão física*: engloba os direitos à vida, à subsistência e à integridade física;
- *dimensão psíquica*: engloba a liberdade de pensamento, de crença e o direito à educação;
- *dimensão social*: em que se encontram os direitos políticos, de possuir uma nacionalidade, direitos cívicos, direitos de associação, de reunião, e a igualdade de tratamento perante a lei.²⁵

Dentre os juristas brasileiros que afirmam a construção histórica do significado dos direitos humanos, na esteira do pensamento de Norberto Bobbio²⁶, podemos citar Dalmo de Abreu Dallari²⁷, Ingo Sarlet²⁸, Flávia

²³ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil - Desafios à democracia*. Porto Alegre/Santa Cruz do Sul : Livraria do Advogado/Edunisc, 1997, p. 20.

²⁴ Ver em Kelsen referência a momento histórico quando também os animais e objetos eram sujeitos à sanções legais. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 34.

²⁵ RUSSO. *Op. Cit.* p.24.

²⁶ Na clássica afirmação de Bobbio, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma só vez e nem de uma vez por todas. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 5.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Encontramos a evolução histórica dos direitos fundamentais vinculada ao próprio constitucionalismo (p. 168-173) e às Declarações de Direitos (p. 174-180).

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, 1998, p. 36.

Piovesan²⁹, Celso Lafer³⁰, José Afonso da Silva³¹ e Antônio Augusto Cançado Trindade³². É mister frisar que a objetivação histórica dos direitos da pessoa humana aparece vinculada à relação entre governantes e governados, ou seja, à relação política, e se traduz numa progressiva positivação desses direitos.³³

Dentre os maiores legados históricos que irradiaram valores para a formação de uma idéia de direitos essenciais da pessoa humana, citam-se:

- o legado grego (a liberdade de pensar como a pluralidade do pensar);
- o legado romano (a consciência dos valores autônomos do Direito);
- o legado do cristianismo (o reconhecimento da igualdade da natureza humana, independente dos invólucros políticos e sociais da cidadania);
- o legado do liberalismo (o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, que significa: liberdade entendida como distribuição de poder político, econômico, cultural entre os governados e limitação pelo Direito do poder dos governantes, com base no pressuposto de que todo indivíduo tem direito a ter direitos);
- o legado do socialismo (a existência da igualdade perante a vida e a cultura, concebida como um direito de crédito reconhecido a cada ser humano de participar do “bem-estar social”, daquilo que a espécie humana, num processo coletivo, vai acumulando através do tempo).³⁴

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. Para a autora, o reconhecimento internacional dos direitos humanos também resulta de um processo histórico. p. 31.

³⁰ LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos – reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. P. 180. Nas palavras de Lafer: “Os valores são um bem cultural. Têm um suporte, uma base na realidade, mas têm igualmente um significado que aponta para uma direção de *dever-ser*. Os valores, por isso mesmo, referem-se à realidade, mas a ela não se reduzem. Os valores têm igualmente várias dimensões. A primeira delas é a da gradação hierárquica de sua importância, pois os valores têm pesos distintos. Daí a noção de valores fundamentais. Um dos pontos que vou abordar nesta exposição é como, no processo histórico, os direitos humanos foram sendo desvendados como um valor fundamental de convivência humana e de que maneira se pode dizer que são, no mundo contemporâneo, um “adquirido axiológico”.

³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.183.

³² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* – vol. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p.17.

³³ LAFER, Celso. 1999. *Op. cit.* p. 182.

³⁴ *Ibid.* p. 182-183. Para Lafer esse processo de afirmação histórica dos direitos humanos, no que tange ao âmbito interno dos Estados, iniciou a partir da Revolução Americana e da Revolução Francesa.

Também na doutrina argentina há referência à historicidade como sendo uma característica do conceito de direitos humanos.³⁵ Parte-se do princípio que o homem é privado de seus direitos quando se lhe nega o direito a ter direitos. Esse direito a ter direitos é traduzido como o direito à política, ou seja, o primordial direito a pertencer a uma comunidade, sem a qual nenhum direito é realizável.³⁶ Assim, chega-se à concepção de direitos humanos que se pretende discutir neste trabalho, qual seja, a de que os direitos do ser humano somente podem existir na medida em que este ser humano não é uma abstração, mas uma realidade, uma pessoa que vive, mas também e sobretudo convive, pertencendo a uma sociedade.

Os indivíduos ou os grupos de indivíduos só podem ser detentores de algum direito, em face de outros indivíduos ou de outros grupos. A sociedade, o grupo, a comunidade, o Estado, isto é, os demais seres humanos são elementos essenciais para que se possa falar em direitos humanos. A noção de direitos humanos é capaz de unir os direitos das pessoas com os direitos do povo. Assim, a violação dos direitos de um indivíduo é tida como agressão à sociedade, como comunidade de indivíduos livres e iguais.³⁷ Logo, conclui-se que os direitos humanos possuem um conteúdo ditado pela história da humanidade. Esta, conquistando a inclusão de conteúdos de seu interesse no “reino” formal das leis, declarações e tratados internacionais, pôde conhecer o que hoje se denomina “direitos”. Por essa razão é que os direitos humanos somente podem ser reconhecidos no âmbito social.³⁸

Sustenta-se, portanto, a superação da dicotomia Direito Natural *versus* Direito Positivo, ainda presente no discurso jurídico, quando se trata de conceber os direitos humanos como categoria jurídica. Note-se que cada uma dessas duas grandes correntes do pensamento jurídico propõem concepções diversas do que se deva entender por direitos humanos. Ao cotejá-las, necessariamente-se inicia pelo tratamento correto de cada abordagem. Assim, fala-se em *Jusnaturalismos*, isto é, nas várias nuances de Teoria

³⁵ Eduardo Russo afirma que ao invés de se falar de uma temática dos direitos humanos, deve-se falar de uma problemática desses direitos, pois se está a tratar de uma questão dinâmica, oposta à tradicional concepção estática que vê os direitos humanos como “direitos subjetivos” devidamente catalogados em um documento formal. RUSSO, Eduardo Angel. *Op. cit.*, 1992, p. 24.

³⁶ *Ibid.* p.8.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* Ao discutir a relação entre direitos fundamentais e história, afirma que os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades; assim como as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou coletivas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe. p 12-13.

do Direito Natural, uma vez que foi apresentada com algumas diferenças de acordo com o pensamento político de cada época histórica. No entanto, se há uma essência comum entre as diversas correntes jusnaturalistas, é a da opção pela valorização do ser humano como membro ou parte da natureza. Esta sua pertinência à natureza é, então, dado que justifica compreender a pessoa humana como titular de direitos que lhe são inerentes enquanto tal. Deste modo, haveria direitos fundamentais da pessoa humana que não lhe seriam concedidos pelo poder dominante, pelo Estado ou pela sociedade, mas que deveriam ser pela coletividade reconhecidos. O ser humano, para as concepções jusnaturalistas, já nasce titular de direitos (mormente os direitos à vida e à liberdade), trazendo consigo esses direitos desde quando sequer havia organização política da sociedade, uma vez que são direitos inerentes à sua natureza.

Dentre as definições de natureza, está a clássica afirmação de Aristóteles de que “no sentido primário e próprio, natureza é a substância dos seres que têm em si mesmos, enquanto tais, o princípio do seu movimento.”³⁹ Assim, remonta-se à filosofia grega⁴⁰ clássica, em que já se revela a preocupação com a definição da natureza humana, do bem e da justiça.⁴¹

As diversas nuances do Jusnaturalismo⁴² não apagam portanto a idéia central, que inspira a todas as suas vertentes: a de que há uma gama de direitos⁴³ cuja validade provém de leis naturais, ou seja, não dependem do reconhecimento estatal.

Já para o Positivismo Normativo, vertente do pensamento jurídico, o Direito é uma ordem normativa hierárquica e dotada de unidade. A lei válida é aquela pertencente a um sistema de normas⁴⁴. Sendo assim, os direitos para serem considerados válidos, devem provir de normas jurídicas

³⁹ ARISTÓTELES *apud* BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 27.

⁴⁰ A atitude da personagem Antígona, na tragédia de Sófocles, é a referência clássica do pensamento jusnaturalista na Antiguidade, pois contém uma invocação às leis imutáveis dos deuses, que existiriam desde sempre, e que deveriam prevalecer sobre as leis dos homens. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p. 16.

⁴¹ É o próprio Aristóteles quem afirma que “a justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente (...)”. Ver ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 103.

⁴² Para discussão mais aprofundada do tema Jusnaturalismo e suas diversas fases, ver LEAL, Rogério. *Op. cit.* 1997. Capítulo 1, item 2, p. 37, 38 e 39.

⁴³ Basicamente os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Segundo Bobbio, o primeiro direito natural é o direito à liberdade religiosa. Ver BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. p. 4.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Op. cit.* 1996. nota 12, p. 33.

válidas. O Positivismo Normativo estabelece uma identidade entre Estado e Direito, concebe o Estado como ordem jurídica⁴⁵, de modo que segundo esta corrente, antes da positivação jurídica não se pode falar em direito, mas em mera expectativa de direito.⁴⁶ Segundo essa concepção, os direitos fundamentais são aqueles positivados em normas estatais. No entanto, encontra-se no âmbito doutrinário um alerta quanto aos riscos decorrentes da estrita vinculação entre validade e positivação legal, porque em se concedendo ao Estado a total liberdade de estabelecer quais e quantos são os direitos humanos, está-se permitindo:

- que os direitos fundamentais, sendo somente aqueles que a Constituição reconhece, não sejam respeitados por um regime político que não os reconhecesse. Os direitos à vida e à liberdade de crença, por exemplo, não reconhecidos, não seriam fundamentais, admitindo-se a violação dos mesmos⁴⁷;
- que os indivíduos ou os grupos que exercem o poder político no momento restrinjam o alcance desses direitos, inclusive suprimindo-os;
- que se reduza o alcance dos direitos humanos, admitindo-se apenas a interpretação literal dos textos legais⁴⁸.

A tradicional dicotomia entre as noções jusnaturalista e positivista vem sendo superada, à medida que a evolução da problemática dos direitos humanos revela que a construção do seu significado é um processo histórico. Dessa forma, pensá-los como resultado de movimentos e lutas sociais, em que a necessidade de positivação é vista como meio de se obter proteção eficaz para esses direitos, não impede que se admita a contribuição do pensamento jusnaturalista (sobretudo a grande influência do ideário cristão), como base filosófica da concepção de direitos fundamentais dos seres humanos.

Ainda que as próprias ideologias humanistas tenham sido formuladas em face das lutas históricas e manifestações sociais de grupos determinados, o fim de todas elas é sempre obter para os direitos apregoados o *status* de direitos positivos. Logo, ao serem progressivamente reconhecidos pelos Estados, inclusive inscritos nas Constituições Nacionais⁴⁹, os direitos huma-

⁴⁵ Ibid. p. 317. Ver também BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 350.

⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil - desafios à democracia*. p. 48.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p.9

⁴⁸ LEAL, Rogério. *Op. cit.* p. 49.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1998 p.183 e 184.

nos podem ser considerados atualmente como o ponto de convergência entre o Direito Natural e o Direito Positivo⁵⁰.

Apesar de ter-se como inócua a busca pelo fundamento filosófico absoluto dos direitos humanos⁵¹, considera-se o Jusnaturalismo e a Filosofia como ideários inspiradores dos primeiros documentos jurídicos que refletiram um reconhecimento geral de direitos humanos, não obstante o “natural” para os jusnaturalistas do século XVIII fosse a vida burguesa⁵².

Também a Filosofia do Direito apresentada por Hegel é considerada fator relevante para a superação do antagonismo entre *ser* e *dever-ser*, contribuindo para a finalização da dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo. Em Hegel, esse dualismo se dissolve a partir da identificação do real com o racional, sendo que o produto do racional é a norma jurídica posta. Assim, a lei posta pelo Estado alcançou o *status* de principal (praticamente exclusiva) fonte do Direito⁵³.

Superado está o tradicional antagonismo entre as duas vertentes do pensamento jurídico, uma vez reconhecida a relevância do debate filosófico (ético) e também a da positivação de garantias cada vez mais sólidas para os direitos fundamentais. Se de um lado a análise dos direitos humanos permite distintas abordagens (histórico-política, filosófica, normativa), de outro, esses enfoques diversos são tidos como complementares⁵⁴.

As fundamentações filosóficas possuem a finalidade de responder a necessidades políticas concretas e as garantias legais também são respostas a conflitos reais⁵⁵. Novamente, cita-se Eduardo Russo: “En su estado actual, la cuestión de los Derechos Humanos no se circunscribe a la enumeración de un catálogo de derechos fundamentales, sino que en su consideración intervienen diversas variables que se interfieren entre sí, y que es preciso elucidar pacientemente para encontrar un punto de equilibrio.”⁵⁶

⁵⁰ A transição da invocação natural, ou mesmo teológica, da origem dos direitos humanos para a sua positivação, inicia com o advento das primeiras declarações de direitos, que eram na verdade, cartas autorizadas pelos monarcas, reconhecendo alguns privilégios para as classes mais altas da sociedade. O clássico exemplo é a Magna Carta inglesa de 1215, de caráter estamental. Posteriormente, com as declarações de direitos das Colônias Inglesas na América, e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão resultante da Revolução Francesa de 1789, inicia-se uma sistemática mais geral, com o reconhecimento de direitos básicos para todos os cidadãos.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. p. 5.

⁵² LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.* p. 42 - 43. Para aprofundar o tema, refletindo sobre as perspectivas ética e positivista da concepção de direitos humanos, ver na seqüência do mesmo capítulo os pontos 2.2 e 2.3.

⁵³ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos* – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.p. 41.

⁵⁴ RUSSO, Eduardo Angel. *Op. cit.* 1992, p. 24.

⁵⁵ *Ibid.* p. 25.

⁵⁶ *Ibid.* p. 28.

Outro aspecto ressaltado para atestar a superação da dicotomia, é a simultaneidade cronológica entre o Direito Natural e o Direito Positivo⁵⁷, pois o Direito Natural, ou seja, o valor justiça, necessita de positivação, não operando por si, mas através do obrar humano. A positividade fornece ao valor a recepção eficaz, de modo que “cada derecho humano positivado se superpone a cada derecho natural (...) la filosofía e la ideología de los derechos humanos han plasmado en el derecho positivo y han tenido ingreso y recepción en él.”⁵⁸

Destaca-se, ainda, a referência à reciprocidade entre direitos e obrigações, que caracteriza a titularidade dos direitos humanos. Assim, atrelada a estes, aparece a idéia de “obrigação ativamente universal”, como aquela obrigação jurídica, decorrente da positividade de direitos de índole também universal⁵⁹.

Outra forma de atestar a imprescindibilidade de se admitir como superada a oposição entre as duas vertentes, é pensando os direitos humanos, na atualidade, na perspectiva das condições para o seu exercício. Pode-se, assim, distinguir o *status* de “direitos em que se está” e o de “direitos que se há de alcançar”⁶⁰. Daí, pode, também, derivar a pergunta: Direitos humanos frente ou contra quem?⁶¹

Chega-se, como resta evidente, ao ponto em que os direitos humanos já não podem ser definidos ou concebidos como direitos de ordem abstrata, mas como atributos das pessoas. Se, de um lado, a sua identificação é viável a partir de especulações e investigações filosóficas, é, sobretudo através de investigações jurídicas, caracterizadas pela objetividade e concretude, que vamos definir a sua existência (e extensão), validade e eficácia. Dito de outro modo, ao pretender saber o que são os direitos humanos, não se evita a reflexão filosófica, e respondendo à pergunta: “Quais são os direitos do homem?”, inevitavelmente, adentra-se no mundo jurídico. O que é fundamental ressaltar, é que a politicidade e a historicidade caracterizam esses

⁵⁷ CAMPOS, G. Bidart. *Teoría General de los Derechos Humanos*. p. 106.

⁵⁸ *Ibid.* p. 106.

⁵⁹ *Ibid.* p. 147.

⁶⁰ A classificação é do publicista argentino Germán Bidart Campos. Segundo o jurista, há que se ressaltar essa diferença, pois àquelas pessoas que não podem por seu próprio esforço alcançar o gozo e exercício de direitos como trabalhar, educar-se e educar a seus filhos, obter um serviço de saúde quando precise, enfim, promover uma vida digna para a sua família, para essas os direitos fundamentais estão inacessíveis. Assim, conforme Campos, os direitos humanos podem ser direitos “bloqueados” a quem não possui, de antemão, determinadas condições econômicas e políticas de acesso a esses direitos (as liberdades de), necessitando-se de que “alguém” os ponha à disposição do sujeito. Note-se a demanda pela intervenção de uma pessoa que não é o próprio sujeito titular dos direitos, para que o exercício desses se viabilize. CAMPOS, Germán J. Bidart. *Op. cit.* p.23.

⁶¹ *Ibid.* p. 25.

dois âmbitos determinados⁶². Conclui-se, deste modo, que o possível quanto ao tratamento do tema direitos humanos, é optar-se por uma perspectiva de análise filosófica ou jurídica, e esta será necessariamente uma análise da legislação posta⁶³.

A concepção de direitos humanos dominante na doutrina jurídica indica o caminho da pluridimensionalidade. A concepção pluridimensional dos direitos humanos é claramente predominante na doutrina argentina, onde aos direitos e garantias individuais se somam os direitos sociais ou de 2º geração⁶⁴. Do mesmo modo, no Brasil, adota-se a concepção de direitos fundamentais como direitos conquistados ao longo de um processo histórico, que se desenvolveu tanto em nível interno, quanto em nível internacional, podendo-se falar em um movimento de internacionalização da proteção aos direitos humanos⁶⁵.

Ressalte-se que uma noção atual de direitos fundamentais engloba os direitos individuais ou direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), os direitos sociais ou direitos de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos) e os direitos transindividuais ou direitos difusos⁶⁶. A evolução do conceito de direitos humanos, mais do que a incorporação de novos direitos ao elenco dos já reconhecidos, se traduz na transformação do próprio Direito, sobretudo quanto à titularidade dos mesmos, já que esta se revela cada vez mais abrangente (indivíduo - grupo - sociedade - humanidade)⁶⁷. Observando tal processo histórico de inclusão de novos direitos na hierarquia dos direitos fundamentais, frisa-se que somente o exame particularizado de cada ordenamento jurídico estatal permite uma categorização precisa desses direitos⁶⁸.

Os direitos humanos reconhecidos pela Constituição brasileira aparecem classificados e situados em capítulos, títulos e dispositivos diversos no

⁶² "Si echamos una mirada a la historia constitucional de los derechos humanos, recordamos que la parcialización o sectorialización de lo que ahora llamamos derechos personales también fragmentaba, paralelamente, y en desigualdad, el 'frente' o 'contra' quién. Las libertades que fueron- en frase de André Hariou- primero hijas de la desigualdad lo fueron frente a los señores feudales, al rey o al imperador." *Ibid.*

⁶³ Assim entende Ingo Sarlet, ao salientar a necessidade de optar-se por uma perspectiva de abordagem dos direitos humanos, remetendo a ANDRADE, que aponta três enfoques do tema: 1) filosófico (jusnaturalista), 2) universalista (internacionalista) e 3) estatal (constitucional). SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* 1998. p. 22.

⁶⁴ RUSSO, Eduardo Angel. 1992. p. 23.

⁶⁵ *Id.* p. 21.

⁶⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais.* p.162.

⁶⁷ *Id.* p. 163.

⁶⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania.* São Paulo : Saraiva. 1995. p. 7.

texto, formando um sistema constitucional de direitos humanos⁶⁹. A integração das categorias de direitos, somada a essa idéia de sistema, conduz à constatação de que a Carta política brasileira de 1988 buscou apresentar-se como um “todo harmônico”⁷⁰. Mister se faz ressaltar que as categorias de direitos devem ser integradas sob “o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente”⁷¹.

Ressalte-se, ainda, que pela leitura do disposto no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, vê-se que os direitos individuais aparecem subdivididos em três espécies:

- direitos individuais expressos;
- direitos individuais implícitos;
- direitos individuais decorrentes de regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.⁷²

Tal forma de elencar os direitos na Constituição repercute na concepção de direitos predominante na doutrina pátria, pois detecta-se uma forte tendência para a compreensão integradora de todas as categorias (gerações ou dimensões) de direitos fundamentais.

A contundente preocupação dos constituintes com a aplicabilidade dos direitos humanos, fica ainda mais clara na inserção na Constituição Federal do parágrafo primeiro, também no artigo 5º. Segundo o dispositivo, as normas definidoras de direitos e garantia fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, sua aplicação judicial não permanecerá refém da disposição parlamentar em elaborar uma norma regulamentadora. Aliando-se a isso, vê-se a consagração dos Princípio da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana (Artigo 1º, incisos II e III, respectivamente), a instituição do Mandado de Injunção (artigo 5º, inciso LXXI), e na inauguração da Ordem Econômica Constitucional, a declaração de que esta tem por fim assegurar a todos existência digna (*caput* do artigo 170). Daí, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 colocou à disposição do Estado, da Sociedade Civil, da Advocacia, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário, a mais avançada técnica constitucional preventiva e assecuratória dos direitos da pessoa humana, sistemática inovadora na

⁶⁹ José Afonso da Silva, tomando por base o texto da Carta Política de 1988, classifica os direitos fundamentais em: a) direitos individuais (art. 5º); b) direitos coletivos (art. 5º); c) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); d) direitos à nacionalidade (art. 12); e) direitos políticos (arts. 14 a 17). SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 187.

⁷⁰ *Ibid.* p. 187.

⁷¹ *Ibid.* p. 188.

⁷² *Ibid.* p. 197.

trajetória constitucional brasileira. Não por acaso, note-se sua designação como “A Constituição Cidadã”. Logo, os direitos individuais (civis, políticos, relativos à nacionalidade e cidadania) e os direitos sociais, econômicos e culturais (de índole coletiva e relacionados com o acesso à participação na distribuição da riqueza nacional e no processo decisório democrático), formam a base axiológica das atuais Constituições, como são exemplos as Constituições argentina e brasileira em vigor, frisando-se que ambas ainda incluem, em seu bojo, os direitos de terceira geração (direitos estes titularizados pelos povos, como o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento).

Há que se acrescentar aqui a advertência sobre a relação de prejudicialidade entre as categorias de direitos acima mencionadas. Tal relação significa que, para o acesso aos direitos de primeira geração (liberdades de), faz-se pré-requisito o acesso aos direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais), tanto quanto é fundamental o acesso a essas duas categorias, para que se pretenda a realização concreta dos direitos de terceira geração (paz, desenvolvimento e meio ambiente equilibrado)⁷³.

Finalmente, sustenta-se que a responsabilidade do Estado-nação relativamente à implementação de todos esses direitos permanece existindo, e mais do que nunca se mostra imprescindível, em contextos como o da América Latina. Não há que se distinguir de quais direitos se trate, para evitar-se uma absurda hierarquização dos direitos fundamentais⁷⁴.

É nítida a convergência doutrinária, na atualidade, em torno da tese da indissociabilidade dos direitos humanos, resultado do reconhecimento de que somos simultaneamente indivíduos, membros de coletividades e também seres no mundo.

⁷³ Com efeito, a doutrina internacionalista começa a também reconhecer uma importante relação entre direitos humanos e desenvolvimento, em tempos em que tão em voga está a referência à nova ordem econômica internacional e sua influência sobre os Estados. Para Claudia Perrone-Moisés, sem a inserção, na positivação das questões econômicas, de uma visão humanista, calcada também nos direitos humanos, não se pode falar em desenvolvimento: “a visão integrada de desenvolvimento requer a inserção do ponto de vista dos direitos humanos em qualquer discussão que envolva este conceito. O direito deve buscar a justiça. O direito internacional a justiça internacional. O direito internacional econômico, uma ordem econômica justa”, *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. XVII.

⁷⁴ Ver o artigo “La triple dimensión de los derechos humanos” in BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABREU; ARAUJO, Nadia de (org.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 182.