

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS III**

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Andressa De Oliveira Lanchotti, Jamile Bergamaschine Mata Diz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-327-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

Apresentação

A obra que ora se apresenta ao leitor é fruto direto das atividades do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) no marco do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI realizado sob os auspícios da UNICURITIBA – PR, ocorrido em Curitiba, no período de 07 a 09 de dezembro de 2016. Os trabalhos que foram apresentados no Painel Direito Internacional Dos Direitos Humanos III tiveram como ponto central a discussão sobre o papel da internacionalização dos Direitos Humanos que surge justamente a partir de uma proteção de natureza global. O GT ocorreu no dia 08 de dezembro de 2016, sob a coordenação conjunta dos Professores Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti (FDMC) e Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG-UIT).

Impende ressaltar que os trabalhos submetidos e apresentados no GT possuem uma importância fundamental para a consolidação do espaço de debate e amadurecimento sobre a temática dos Direitos Humanos alinhado a uma perspectiva internacional, a partir de assuntos complexos e de essencial relevância, como é o caso do tráfico internacional de pessoas, da atuação dos tribunais internacionais face às constantes violações perpetradas pelo próprio Estado e pelos particulares e, ainda, questões de sensível tratamento, caso dos sistemas normativos de proteção aos grupos considerados vulneráveis a partir de um espectro internacional que tem, posteriormente, impacto sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

A interface entre Direito Internacional e Direitos Humanos revela-se na totalidade dos trabalhos apresentados, justificando como a interconexão entre ambas as áreas jurídicas merece ser tratada de forma interdisciplinar e coerente, buscando ainda ressaltar o aspecto dinâmico que cerca os temas objeto do painel.

Portanto, esta coletânea é produto direto da reunião dos artigos selecionados por um grupo de trabalho, cujo escopo é reunir pesquisas acadêmicas de jovens e também experientes investigadores, a fim de constituir-se num foro institucionalizado que oportuniza a discussão e a socialização daquilo que vem sendo produzido na área. Foram apresentados 22 trabalhos agrupados por assuntos, a fim de facilitar a compreensão da problemática de cada trabalho durante a apresentação em bloco. Tal apresentação, feita de modo presencial por cada um dos autores, resultou em profícuo debate e discussão, enfatizando a necessidade de que se possa cada vez mais estabelecer as premissas necessárias para o adequado cumprimento da normativa internacional em direitos humanos, num momento em que no cenário nacional se

observa um aprofundamento de discursos descolados, em maior ou menor medida, de medidas protetivas que amparem os direitos elencados em nossa Constituição.

Espera-se que a obra represente uma importante contribuição para o aprofundamento do debate e, talvez, possa também servir de incentivo para a ampliação de pesquisas na área.

Profa. Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti - FDMC

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz - UFMG e UIT

**OS DIREITOS HUMANOS NA TEORIA NOMINALISTA DE GUILHERME DE
OCKHAM, SEUS PARADOXOS E O FENÔMENO DA “ESTATUTIZAÇÃO” DE
DIREITOS**

**THE HUMAN RIGHTS IN THE NOMINALIST THEORY FROM WILLIAM
OCKHAM, ITS PARADOXES AND THE PHENOMENON OF THE
“STATUTEZATION” OF RIGHTS**

Adeilson Luz De Oliveira ¹

Resumo

O presente artigo pretende trabalhar com alguns paradoxos identificados no discurso dos direitos humanos, bem como, com o fenômeno aqui chamado de “estatutização” de direitos, o qual põe em evidência alguns daqueles paradoxos. O trabalho fornece uma análise alternativa da gênese desses direitos a partir da pioneira teoria de direito subjetivo em Guilherme de Ockham, a qual revela o paradigma do indivíduo como titular de direito, que constituirá tanto o ponto de partida da humanização, quanto o seu ponto de chegada em busca da realização dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos, Origem, Paradoxos, “estatutização”

Abstract/Resumen/Résumé

The current article intends to work with the paradoxes identified in the discourse of human rights und also with the phenomenon here so called as "statutezation" of rights, which shows someone of those paradoxes. This work provides an alternative analysis of the genesis of these rights starting from the pioneering theory of subjective rights in William of Ockham, which shows the individual paradigm as rights' titular, that constitutes as the start point of the humanizations, as your arrival in search of the realization of the human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Origin, Paradoxes, “statutezation”

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Curitiba do Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Contato: <adeilson@hotmail.de>.

INTRODUÇÃO

É com a teoria nominalista de Guilherme de Ockham que se concebeu primitivamente uma teoria dos direitos subjetivos, período em que se descobriu a figura do indivíduo, o qual passou a ser o objeto da ciência (jurídica) no chamado antropocentrismo.

E descoberto o indivíduo como titular de direitos subjetivos, as bases dos chamados, modernamente, direitos humanos estavam também lançadas.

A partir de então inicia-se o período de gestação dos direitos humanos subjacentes ao desenvolvimento da ideia de direito subjetivo em Ockham. Para tanto, surgem teorias como as de John Locke, que serão de extrema importância para o desenvolvimento das liberdades modernas, abrindo o caminho para a “humanização” – no sentido do termo “direitos humanos” – dos direitos subjetivos do indivíduo, também chamados à época de direitos naturais.

Ainda nessa perspectiva, assiste-se ao surgimento de uma série de documentos que foram responsáveis pelo aprimoramento da ideia de direitos humanos. Fala-se das *Bills of Rights* inglesas, precedidas da Lei do Habeas Corpus (1679) bem como das declarações que as sucederam, como documentos que serviram para o reconhecimento e reafirmação do indivíduo, doravante sujeito de direitos, até chegar à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que irá materializar, por assim dizer, a ideia de direitos do homem (*droits de l’homme*), entendidos como direitos humanos.

Em seguida, pretende-se analisar os paradoxos presentes no discurso dos direitos humanos, entre eles, o da violência *versus* direitos humanos. Indaga-se por que a violência, totalmente contrária à ideia de direitos humanos, sempre foi o pano de fundo das conquistas desses direitos. Descobre-se assim uma violência *dual* na história dos direitos humanos, presente tanto no momento da conquista, quanto no momento da (luta pela) realização dos direitos humanos.

Também busca-se investigar o que aqui se convencionou chamar fenômeno da “estatutização” dos direitos humanos, atrelado ao que Norberto Bobbio chamou de especificação dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 54.).

A *estatutização* dos direitos humanos quer significar a edição de estatutos em prol de determinados grupos sociais, na tentativa de atender à promessa da universalização dos direitos, o que acaba por sobrelevar um caráter individualista, e, por isso, também paradoxal dos direitos humanos.

No presente texto, procura-se, a partir do método científico indutivo e a partir de levantamento bibliográfico, fazer uma análise do paradigma do indivíduo na teoria nominalista de Guilherme de Ockham, como gênese dos direitos humanos, com vistas a compreender o aqui chamado fenômeno da “estatutização” e suas implicações no discurso hodierno dos direitos humanos.

A presente pesquisa se justifica uma vez que cada vez mais se apercebe da necessidade premente de concretizar direitos já conquistados abstratamente. Nesse sentido, a análise histórica do discurso (abstrato) dos direitos humanos é pressuposto necessário para compreensão da proliferação de legislações que, a pretexto de maximizar a proteção, vem individualizando categorias (fenômeno aqui denominado de “estatutização”), o que, contudo, tem surtido efeito aparentemente inverso.

1. O SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NA TEORIA DE DIREITO SUBJETIVO DE GUILHERME DE OCKHAM

Na passagem para o direito moderno cujas origens remontam a São Tomás de Aquino, o nominalismo de Guilherme de Ockham foi responsável pelo desenvolvimento da concepção de direito subjetivo, a partir do desenvolvimento das ideias de indivíduo subjacentes à filosofia tomista.

Conceitualmente, pode-se dizer que o direito subjetivo é a chancela do Direito sobre uma faculdade do sujeito, isto é, sobre um de seus poderes (VILLEY, 2009, p. 253), e por isso, uma *potestas licita* de no direito de propriedade, por exemplo, usar, desfrutar e dispor da coisa.

Desta forma, se antes dos modernos a construção da ciência jurídica se dava sobre a natureza cósmica e não sobre o indivíduo, não era possível conceber a ideia de “direito subjetivo”, isto é, de um *ius* que tutelasse qualquer faculdade do sujeito.

Isso porque no direito natural o jurista observava o *cosmos* e extraía dele o direito. O escopo não era servir ao indivíduo, à satisfação de seus desejos ou à proclamação de seus poderes (VILLEY, 2009, p. 253). Prezava-se pela realização do justo. Por isso que o direito era definido não raro como *id quod iustum est*, isto é, como aquilo que é justo.

A justiça, por sua vez, era *suum ius cuique tribuere*, ou seja, atribuir a cada um o seu direito. Este era o lema nas decisões jusnaturalistas.

A partir daí fica evidente a diferença entre direito como *id quod justum est* e a noção derivada de poder do sujeito, desenvolvida, como já dito, a partir de Guilherme de Ockham.

O que motivou o filósofo franciscano a formular sua teoria do direito subjetivo foi a querela da pobreza da ordem franciscana. São Francisco prescrevera aos frades a pobreza como exemplo de Jesus, mas não se preocupou com questões que naturalmente lhe eram alheias, a saber, a questão jurídica da pobreza.

Como os franciscanos detinham bens como igrejas, conventos, livros, etc. queriam ter apenas o *usus* sem qualquer direito, para que a regra da pobreza fosse corretamente seguida pela Ordem.

A controvérsia surgiu quando o papa João XXII quis atribuí-los a propriedade dos bens que usufruíam afirmando que eles não tinham apenas o uso de fato, mas tinham direitos, pois comiam e bebiam e dispunham de bens consumíveis.

O papel de Guilherme de Ockham foi então defender sua ordem contra os argumentos do papa, no sentido de que os franciscanos tinham o uso sem o direito (objetivo). É dessa ocasião que brota da pena de Ockham a primeira doutrina do direito subjetivo, no entender de Michel Villey (VILLEY, 2009, p. 272).

Para tal empresa, Guilherme de Ockham, fazendo uso da linguagem, se propõe à tarefa de conceituar alguns termos jurídicos como *usus facti*, *usus iuris*, *ius utendi* dentre outros.

A partir dessas fórmulas fica claro que a noção de direito compreende um poder. Assim, o uso de fato – que é o fazer uso de uma coisa exterior como habitar, comer e beber – difere do direito como “poder sobre o bem”, o *ius utendi*.

O *ius utendi* para Guilherme de Ockham é o poder lícito de fazer uso de uma coisa exterior de que não se pode ser privado contra vontade sem falta ou causa razoável, sob pena de *processo em justiça*. Diferente do *ius facti*, que é o ato mesmo de fazer uso de uma coisa exterior, como comer e beber (VILLEY, 2009, p. 275).

O direito (subjetivo) descoberto por Ockham estava no plano da liberdade concedida pela lei divina, de modo que todos o detinham, porque fora recebido do céu e, portanto, não poderiam ser reivindicados nos tribunais (VILLEY, 2007, p. 129).

A partir dessa ideia, Jesus e os franciscanos tinham sim o direito (subjetivo) sobre os bens – de comer, beber, etc., pois eles não abriram mão desses direitos. O que renunciaram foi apenas a *potestas* sobre os bens (direito objetivo), ou seja, o poder de reivindicar a coisa judicialmente, isto é, *potestas vendicandi et defendendi in humano iudicio* (VILLEY, 2007, p. 276).

Percebe na filosofia do Nominalista os contornos do que viria a se chamar direitos humanos. E a concepção de direito subjetivo na doutrina nominalista de Ockham só foi

possível diante da guinada científica que se presenciou na sua época. Tratou-se da passagem de um fundamento puramente religioso para um fundamento antropológico, momento em que o indivíduo passa a ser considerado o objeto da ciência.

Todavia, a filosofia de Guilherme de Ockham veio na contramão da filosofia clássica aristotélica, que perseguia o justo, ao atribuir a cada um, sua porção justa a partir de uma ordem natural.

Guilherme de Ockham e a própria escola nominalista não comungam de uma ordem jurídica que não gravite em torno do indivíduo, que detém uma existência real, e por isso, único objeto plausível do conhecimento.

Pensar em *jus quod justum est* para os nominalistas é uma tarefa por demais abstrata e em descompasso com a realidade, pois o indivíduo deve ser o motivo determinante da ciência jurídica e não a persecução de um valor deslocado do indivíduo.

Nesse sentido Ockham contrasta a ideia de indivíduo com o universal, concepção que, segundo ele devia ser erradicada. Para ele a realidade é *singular*, e, portanto, individual. O universal era para o Franciscano apenas nomes, que por não dotar de realidade – como o indivíduo, não poderia ser um fundamento válido (REALE; ANTISERI, 1990, p. 618).

Se para muitos foi com o humanismo que o indivíduo foi descoberto, é possível notar que isso aconteceu muito antes, na filosofia nominalista de Guilherme de Ockham no séc. XIV.

Para Michel Villey a filosofia de Ockham objetivou garantir ao indivíduo condições para uma vida livre e individual (VILLEY, 2009, p. 280), pelo menos naquele momento, em que o contexto histórico demandou o reconhecimento do homem como indivíduo.

A concepção de direito subjetivo, a revolução copernicana na ciência jurídica, a passagem de um direito clerical para um direito moderno preocupado com o indivíduo constituem o germe dos direitos humanos, que precisaram ainda das experiências de violência para serem, por assim dizer, constitucionalizados.

Vale dizer que o *indivíduo* constitui um dos pilares dos chamados direitos e garantias fundamentais. Segundo Dimitri Dimoulis para falar em direitos fundamentais é necessário a presença de três elementos: o Estado, o Indivíduo e um texto normativo regulador da relação entre os dois primeiros (DIMOULIS, 2009. p. 21).

Desta forma, a partir da concepção dos direitos subjetivos na teoria nominalista, com a descoberta do indivíduo, abre-se o caminho para a construção do que se convencionou chamar “direitos humanos”, dos quais os direitos fundamentais são um corolário.

1.1 A IMPORTÂNCIA DE LOCKE PARA AS LIBERDADES MODERNAS

John Locke, contratualista inglês que seguiu Hobbes, formulou uma teoria da passagem do homem do estado de natureza para o estado civil mediante o contrato social.

A teoria de John Locke é baseada nos direitos naturais, pois para os pensadores do século XVII, todos eram iguais em seus direitos naturais, porque Deus criara o homem à sua imagem e semelhança e lhe conferira o livre arbítrio. Por isso, a liberdade era considerada o mais precioso dos direitos naturais do indivíduo, devendo o Estado não intervir na vida do indivíduo, salvo para impedir que um transgrida o direito do outro.

Ao se referir à liberdade como um direito natural do indivíduo que deveria ficar livre de intervenções estatais, Locke acenava na verdade para os chamados direitos de primeira dimensão, que se satisfaziam com uma abstenção estatal de interferir na esfera individual, direitos estes ligados à igualdade formal.

O estado de natureza de John Locke, por seu turno, não era marcado pela violência e insegurança como apontara Hobbes, mas sim pela perfeita liberdade e igualdade (WEFFORT, 2002, p. 84).

A necessidade de resguardar ainda mais aqueles direitos naturais inalienáveis leva os homens – não totalmente livres de violações no estado de natureza – a firmarem um pacto, passando para o estado civil.

Se o estado civil de Hobbes significa abrir mão de parcelas de direitos em prol da harmonia, o estado civil de Locke representa a proteção de todos os direitos naturais do homem, a vida, a liberdade e principalmente a propriedade (WEFFORT, 2002, p. 88).

Vê-se que o pensamento de Locke foi de suma importância no desenvolvimento da ideia de direito subjetivo, concebida por Ockham, dando seguimento ao processo histórico de construção dos direitos ditos, hoje, humanos.

1.2 AS DECLARAÇÕES COMO DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE DIREITOS HUMANOS

Não se pode olvidar o relevante papel da Declaração de Direitos inglesa ou *Bill of Rights* de 1689, ou mesmo da Lei de *Habeas Corpus* inglesa de 1679, como documentos que vieram num primeiro momento assegurar a proteção e reafirmação do indivíduo contra o Estado.

Embora o *habeas corpus* já existisse antes mesmo da magna carta de 1215, não existiam normas processuais que regulassem o instituto (COMPARATO, 2010, p. 100), razão pela qual sobreveio na Inglaterra a famosa Lei do *Habeas Corpus* de 1679.

Essa lei retrata bem a preocupação com os direitos subjetivos do indivíduo, o qual era muita das vezes submetido a prisões arbitrárias por se opor ao regime.

A importância da referida lei está no fato de que foi a matriz das liberdades fundamentais criadas posteriormente além de caracterizar o sistema inglês como um sistema mais pragmático que o sistema francês, pois este via nas meras declarações uma força capaz de modificar mentalidades (COMPARATO, 2010, p. 101).

As “*Bills of Rights*” ou Declarações de Direitos dos Estados Americanos, que se tornaram independentes em 4 de julho 1776, são, por sua vez, menos célebres que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789, contudo, elas influenciaram diretamente à declaração francesa (JOAS, 2012, p. 39).

Nesses documentos identificam-se alguns direitos hoje chamados de fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, a propriedade, e liberdade de religião, de pensamento, etc.

Deste modo, não há como negar a importância das declarações na história dos direitos humanos, porquanto demonstram que a preocupação com o indivíduo é bem anterior ao século XX, quando se deu a constitucionalização daqueles direitos.

2 OS PARADOXOS NA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

A história dos direitos humanos poderia ser chamada de história dos paradoxos.

A relação íntima entre o discurso dos direitos humanos a partir de 1789 e os movimentos sangrentos que ocorreram desde então sob a vigência daquele discurso comprova o caráter paradoxal, abstrato e desprovido de força com que ele foi proferido, pois mesmo sob a égide da Declaração Universal, os direitos proclamados não foram de plano observados.

Nada obstante, as experiências de violência, totalmente contrárias à ideia de direitos humanos, tiveram um papel muito importante na história e no desenvolvimento do rol dos direitos do indivíduo, cuja origem está na teoria de direito subjetivo de Ockham, como já exposto.

É possível identificar violência no momento da conquista de direitos, isto é, na positivação, e no momento da concretização. Trata-se assim de uma violência *dual* na história dos direitos humanos. A violência para que os direitos cheguem ao papel – *in abstracto* – e a violência para que eles saiam do papel – *in concreto* – tarefa esta sempre mais árdua.

Isso porque na maioria das vezes em que se conquistou um direito, nota-se, não foram eles de plano respeitados. Assim foi, por exemplo, na história dos americanos, os pioneiros na elaboração de uma Declaração pelos Direitos Humanos.

Primeiramente vislumbra-se a violência vivenciada na guerra da independência americana, época em que foi concebida a liberdade e que para tanto foi formulada uma declaração que acabou por despertar muitas nações para luta pelos direitos inalienáveis.¹

Em segundo lugar, têm-se as lutas que foram necessárias para concretização daqueles direitos. Conquistada a independência, os ânimos foram acalmados num primeiro momento, mas anos mais tarde ficará evidente que ainda era necessário lutar, agora pela concretização dos direitos consagrados na declaração.

Foi o que ocorreu na causa abolicionista, feminista, pela liberdade religiosa, entre outras, a partir de 1830, quando se intensifica deveras o movimento contra a escravidão e se realiza um abaixo-assinado pelos abolicionistas pedindo ao Congresso americano que abolisse a escravidão (SELLERS et al., 1985, p. 160).

O mesmo se diga em relação às lutas sangrentas travadas por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as lutas, ainda mais terríveis, de 1848, onde se reclamava em suma a concretização daqueles direitos e se acusava o caráter abstrato da Declaração de 1789.

Essa violência *dual* pode ser verificada em diversos casos, e equivale, respectivamente, às etapas de positivação e generalização dos direitos humanos de que fala Bobbio.

Depois de ocorrida a conquista dos direitos mediante a positivação é possível identificar um período de hibernação da luta pelos direitos humanos. Trata-se do período que se estende das lutas pela Declaração do Homem e do Cidadão – e mesmo o Movimento Liberal de 1848, quando ainda muito se falou dos ideais da revolução –, até a Declaração Universal de 1948, quando o discurso dos direitos novamente vem à tona.

Tal constatação não equivale dizer que nesse período de cerca de 100 anos nada se fez pelo desenvolvimento dos direitos humanos. Na realidade, aquele discurso universalista de 1789 precisava “começar pelo começo”. O cumprimento daquelas promessas precisava ser passo a passo. E isso foi feito a partir da primeira metade do século XX.

¹ “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. Excerto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html> Acesso em: 19 ago 2016.

A implementação dos direitos foi sendo feita progressivamente através das constituições nacionais, que gradualmente foram assimilando direitos. Assim foram os direitos dos trabalhadores, das mulheres, das minorias religiosas entre outros (HUNT, 2009, p. 177).

Nesse ponto se revela outro paradoxo dos direitos humanos. A declaração de 1789 se propôs universal, mas a história dos direitos mostra que as conquistas após ela eram inicialmente bem pontuais, buscando-se atender a um determinado grupo de indivíduos. Ou seja, quando houve a passagem da teoria à prática, por ocasião do movimento liberal de 1848, os direitos ganharam em concreticidade, mas perderam em universalidade, para usar as palavras de Norberto Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 29).

Quando os trabalhadores reclamavam direitos em 1848, não se tinha consciência de que já se estava sob a égide de uma declaração dita universal – a declaração francesa fruto da revolução.

Como já se afirmou, as experiências de violência tiveram o seu papel na história dos direitos humanos. Tal assertiva, além de constrangedora, revela outro paradoxo: como um ato totalmente contra a ideia de direitos humanos poderia significar a sua reafirmação, o seu avanço e a conquista por novos direitos?

O discurso dos direitos humanos é um discurso impregnado de paradoxos, e por isso, o cumprimento de seu papel mostra-se seriamente comprometido, levando aos mais pessimistas a crer que são irrealizáveis (VILLEY, 2008, p. 153).

A contradição em meio a que foram proclamados os direitos do homem foi bem descrita por Villey:

Exatamente na mesma época em que a Constituinte proclamava tão liberalmente o direito do homem a não ser condenado senão após um processo na justa e devida forma (...) desfilavam, espetadas em lanças, sob as janelas da Constituinte, as cabeças dos aristocratas, massacrados sem nenhuma forma de processo (VILLEY, 2008, p. 154).

Karl Marx também criticava o pseudo-universalismo dos direitos humanos por não alcançar a todos. Prescrevia formalmente que todos são iguais perante a lei, mas de fato apenas um determinado seguimento era privilegiado com a referida igualdade, enquanto a maioria esmagadora era – e é – precipitada na pobreza e na miséria (VILLEY, 2008, p. 155).

Ainda sobre o papel da violência, note-se que a violência da primeira metade do século XX foi o trampolim para o desenvolvimento dos direitos humanos do pós-guerra.

No preâmbulo das constituições da Baviera de 1946 e de Bremen de 1947 fez-se referência expressa às experiências de violências (JOAS, 2012, p. 109), momento em que se promulga uma nova constituição para superação daquele Estado de violência exacerbada. Na constituição da Baviera fala-se de “terra em ruína” e na de Bremen, “abalados com a destruição”.

Finda a guerra, era preciso transformar a horrenda experiência de violência em direitos, em um Estado que realmente assegurasse aos seus cidadãos os direitos que vinham sendo pregados de longa data.

Nota-se que a violência sempre acompanha a conquista e realização de direitos. Onde forem conquistados direitos, ali também terá havido violência. Onde os direitos forem realizados, ali também terá havido violência.

No Brasil não foi diferente com o extenso rol de direitos trazidos pela constituição de 1988. Tal constituição sucedeu o período da ditadura militar, onde as liberdades individuais foram praticamente suprimidas e muitos foram mortos simplesmente por manifestar a sua opinião.

A conquista de muitos direitos encartados na Constituição vigente foi precedida de violência. O mesmo não se diga à concretização de direitos, pois pacificada a Nação na virada democrática, o dilema sempre atual é realizar direitos.

Talvez a passividade do povo brasileiro explique o porquê de muitos direitos conquistados há quase trinta anos estarem longe da realização. Mesmo assim, a concretização contingencial de alguns direitos é, diuturnamente, acompanhada por tensões sociais e violência.

Não raro se lê nos meios de comunicação sobre queima de ônibus e pneus em rodovias, quebra de hospitais², entre outros atos mais ou menos violentos, por meio dos quais procura-se chamar a atenção do Estado pela realização de direitos, que mais do que direitos humanos (os quais são caracterizados pela sua relatividade), são também direitos fundamentais, incorporados na ordem interna, mas, muitos deles, penderes de concretização.

Como exposto, percebe-se que a violência foi o fundamento para todo o movimento em prol do discurso dos direitos humanos – na realização e pela realização. Por essa razão,

² Há relatos de pacientes que, em verdadeira sensação de impotência diante do caótico sistema de saúde, quebraram bens de hospital ou unidades de saúde, em verdadeiro clamor pela realização de um direito. Por todos, vejam-se seguintes casos: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/05/paciente-atira-lixerias-e-quebra-vidros-apos-demora-em-hospital-no-df-veja.html>>; <<http://www.helenolima.com/noticia/em-juazeirinho-paciente-quebra-porta-do-hospital-por-falta-de-medico.html>> Acesso em: 20 set 2016.

somente a partir das experiências do malfadado século XX é que será possível falar em proteção à dignidade da pessoa humana.

Bom seria que, principalmente entre nós, não fosse necessário violência para retirar o Estado de sua costumeira inércia na realização de direitos e do bem comum. Isso, contudo, somente o tempo poderá dizer.

3 O FENÔMENO DA ESTATUTIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Na atualidade é possível identificar o fenômeno aqui chamado de “estatutização” dos direitos humanos, o qual é análogo à chamada por Norberto Bobbio “fase de especificação dos direitos humanos” (BOBBIO, 2004, p. 54), na qual são editados estatutos destinados a um determinado grupo social.

São exemplos, o estatuto do idoso, da criança e do adolescente, o estatuto da igualdade racial (Lei n. 12.288/2010), o estatuto da juventude (Lei 12.852/2013), o estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) e a recente lei da primeira infância (Lei 13.257/2016), sem prejuízo de outros.

Para Norberto Bobbio, trata-se de uma missão da comunidade internacional atual de aperfeiçoar o conteúdo da Declaração de 1948 “de modo a não deixá-la cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazia” (BOBBIO, 2004, p. 54).

Tais estatutos podem representar uma tentativa de cumprir com a promessa da universalização dos direitos da Revolução Francesa a partir de grupos específicos da sociedade com vista ao todo.

É nesse sentido que os direitos humanos têm, paradoxalmente, uma perspectiva individualista, visto que não tem se revelado suficiente a previsão universalista de tais direitos, sendo necessário individualizá-los.

Na especificação dos direitos ou “estatutização”, individualizam-se os destinatários objetivando-se a concretização dos direitos humanos a partir de uma perspectiva individualizada.

Sob outra ótica, a “estatutização” dos direitos humanos evidencia a carência de força vinculante do discurso universalista dos direitos humanos, pois se na Constituição está previsto que *todos* são iguais perante a lei, seria desnecessário, *verbi gratia*, editar uma lei para a população negra, para o jovem e para a primeira infância³, que preveja a eles direito a

³ Lei 13.257/2016, art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.

saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, como o faz o estatuto da igualdade racial, o estatuto da juventude e a lei da primeira infância, respectivamente, que praticamente repetem os direitos fundamentais previstos na constituição de 1988.

Nesse compasso, tem-se também o estatuto da pessoa com deficiência, que além do importante conceito dinâmico de deficiência e todo o seu regime, prevê uma série de direitos fundamentais como direito à vida, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao transporte e à mobilidade.

O fenômeno da estatutização dos direitos humanos revela as duas faces dos direitos humanos, a da universalização e a da individualização, isto é, significa o diálogo entre acepções totalmente opostas, que, em última análise, não deixa de ser um paradoxo.

Nada obstante, a convivência das duas perspectivas pode representar uma tentativa de cumprimento das promessas dos direitos humanos.

Os estatutos vêm com o fito de, individualizando e especificando os direitos já proclamados, buscar atender a promessa universalista dos direitos humanos, mas, ressalte-se, com um viés individualista.

A rigor os direitos humanos já são por si mesmos universais, pois o predicado “humano” apostado à palavra “direito” já indica a amplitude dos direitos abarcados por essa acepção, de modo que a individualização pode revelar um lado positivo na história dos direitos humanos, a saber, o de buscar especificar, no dizer de Bobbio, os direitos humanos já proclamados, a fim de dar mais concretude ao seu discurso.

No entanto, a “estatutização” traz o problema da aplicação desses “estatutos” em detrimento daqueles indivíduos “sem estatuto”. Assim o é, por exemplo, o estatuto do idoso⁴ que confere algumas prerrogativas às pessoas acima de 60 anos, o que acaba por mitigar o direito dos que não são, nos termos do estatuto, considerados idosos.

Isso porque em um País em que a negligência do Estado é de tal proporção, que nem mesmo o atendimento básico à saúde, educação, entre outros são minimamente concedidos, quanto mais falar em *garantia de prioridade* como o faz o parágrafo único do art. 3º do mencionado estatuto.⁵

⁴ Lei n. 10.741/2003.

⁵ Art. 3º, parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

De igual forma o chamado estatuto da igualdade racial⁶ *destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades*, conforme se lê no seu art. 1º.

O referido estatuto ao tratar do direito à saúde em seu art. 6º preceitua que *o direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos*.

Tal dispositivo está na contramão do discurso universalista dos direitos humanos, uma vez que, primeiramente o direito à saúde deve ser garantido a todos, conforme já previsto na constituição federal, e não segmentá-lo, chamando de *direito da saúde da população negra*, chegando a ser discriminatória tal previsão.

Destarte, não haveria necessidade de se falar em direito à saúde da população negra, a qual já faz jus a este direito, todavia, diante da não concretude da previsão universalista da Constituição, foi necessário *especificar* (individualizar), criando um estatuto que previsse expressamente o referido direito.

Sem dúvida, é louvável o objetivo do estatuto da igualdade racial de *garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades* (art. 1º), todavia, a lei, em muitas passagens, limita-se a repetir os direitos da Constituição, dos quais a dita população negra já é titular.

Assim, se a maioria da população não tem seus direitos básicos respeitados, a “estatutização”, isto é, a especificação dos direitos em prol de determinado grupo social, significa, em última análise, a violação do vetusto princípio da igualdade.

Isso porque aqueles que não estão abrangidos por um estatuto se tornam, diante de idosos, negros, e eventualmente outros membros da sociedade, os “sem direitos”, porque se o sistema, pela sua ineficiência, não é capaz de atender a todos, deverão ser primeiramente atendidos os idosos, os negros, as crianças, as da primeira infância, os jovens e a pessoa com deficiência.

Não se pretende aqui negar o primado da igualdade material, mas sim que esta, como evolução da igualdade formal, não pode culminar com a não-realização dos direitos dos “sem estatutos”, já que é notório o problema da concretização de direitos básicos no Brasil.

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais;

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

⁶ Lei n. 12.288/2010.

Nesse sentido, é pertinente o estudo sobre a realidade brasileira de Roberto DaMatta, no qual ele faz a distinção entre indivíduo e pessoa (DAMATTA, 1997, p. 218).

Para DaMatta, o indivíduo seria uma unidade isolada caracterizada pela neutralidade, pelo não pertencimento a um clã, família ou qualquer outra classe que identifique o sujeito.

A pessoa por sua vez pode ser *caracterizada como uma máscara colocada em cima do indivíduo* (DAMATTA, 1997, p. 223), ou seja, pessoa é aquele que goza de um pertencimento a um clã, família, classe, etc. que identifica o indivíduo e o “pessoaliza”.

Na esteira dos direitos humanos, pode se dizer que o *indivíduo* goza dos direitos gerais previstos na Constituição, representado pelo princípio do “todos são iguais perante a lei”. Já a *pessoa*, por ter uma identidade, isto é, por pertencer a uma classe – “estatuzada”, diga-se de passagem – como idosos, negros, pessoa com deficiência, entre outros, gozam, naturalmente, dos direitos também previstos na Constituição, mas em especial dos direitos “estatuzados”, isto é, que foram previstos em um “estatuto”, como o é o estatuto da igualdade racial, entre outros.

A pessoalização, isto é, o enquadramento de determinada classe de indivíduo em uma categoria comum, reclama um tratamento diferenciado, bem representado pelo princípio da igualdade material, segundo o qual se deve tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Partindo dessas ideias, o fenômeno da estatuzação dos direitos humanos de que se tem falado, significa, em última análise, a pessoalização do indivíduo, no sentido de que este sai do anonimato abstrato do “todos são iguais perante a lei” para ter uma identidade social, como “idosos”, “negros”, “criança”, “jovem”, “pessoa com deficiência” e “primeiro infante” – em relação ao estatuto da primeira infância (Lei 13.257/2016).

Além disso, muitos desses estatutos sempre deixam espaço para a criatividade brasileira conhecida na sociologia pátria como “jeitinho”⁷, por meio do qual muitos procuram indevidamente a disciplina dos estatutos em questão, autodeclarando-se negro ou mesmo deficiente, invocando, neste caso, pequenas anomalias físicas que, diante do (novo) conceito dinâmico de deficiência, sequer poderiam ser caracterizadas como tal.

No que concerne ao estatuto da igualdade racial, muito tem-se debatido sobre a política de cotas e, para além do mérito da proposta, discute-se também o problema de sua operacionalização, pois o enquadramento como pessoa negra apenas com base em autodeclaração do candidato tem propiciado muitas fraudes por pessoas que tentam, a todo

⁷ Sobre o tema, consultar obras como BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

custo, ser abrangida pelo “estatuto” em questão, justamente para conseguir a tão sonhada vaga, seja na universidade, ou mesmo em cargo público, em detrimento dos candidatos “sem estatuto”.⁸

Nesse sentido, a especificação dos direitos humanos com a criação de estatutos para determinados grupos faz desses indivíduos entes pessoalizados, e por isso, com tratamento aparentemente diferenciado em prejuízo do indivíduo “despessoalizado”, sem um estatuto, isto é, sem o pertencimento a uma classe protegida por um estatuto de direitos fundamentais da pessoa humana.

Em última análise, a “estatutização” revela outro paradoxo dos direitos humanos, na medida em que se propõe à efetivação dos direitos humanos encartados principalmente na Declaração de 1948 e nas convenções que a seguiram, mas, por outro lado, viola o princípio da igualdade, como se viu a partir das ideias de pessoa em detrimento do indivíduo alcançado apenas pela previsão universalista da Constituição, a qual não raro é despojada de concretude.

Nota-se, ainda, que a preocupação dos agentes políticos tem sido muito mais de individualizar, segmentar (estatutizar) direitos, do que propriamente realiza-los, subsistindo ainda hoje abstratismos e as promessas não cumpridas – inclusive nos próprios estatutos.

Se, num primeiro momento, o discurso dos direitos humanos partiu da teoria individualista de Ockham para o universalismo da Revolução Francesa, nota-se que, pelo menos entre nós, há um retorno ao indivíduo, tão prezado na teoria nominalista.

Todavia, o fenômeno da estatutização acaba por anular os seus efeitos, estagnando ainda mais a realização dos direitos humanos, de modo que o seu discurso ainda é abstrato, paradoxal e não raro, longe da realização.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu fazer uma abordagem dos direitos humanos na atualidade a partir da busca pelas suas origens e pelo seu percurso histórico entre conflitos, paradoxos e conquistas.

Partiu-se da teoria nominalista de Guilherme de Ockham, precursor da teoria de direito subjetivo, em que o indivíduo constitui um elemento central e imprescindível, sem o qual não seria possível sequer cogitar a ideia de direitos da pessoa humana.

⁸ Sobre fraudes no sistema de cotas, Cf. LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, abr. 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60768/60061>>. Acesso em: 20 Set. 2016.

Foi com Ockham que se tornou possível falar em direitos humanos, pois foi com ele que se descobriu o indivíduo como titular de direitos (subjctivos).

Descoberto o indivíduo, foram elaborados documentos como as declarações modernas que serviram para reafirmação e desenvolvimento da ideia de indivíduo em Ockham, ideia que seguiu até a declaração francesa, quando se passa a falar em universalismo. A partir de então, começam os paradoxos dos direitos humanos, como individualismo/universalismo, direitos humanos em abstrato *versus* em concreto, direitos humanos e violência e pessoalização/individualização.

Tratou-se também do aspecto que se convencionou chamar “estatutização” dos direitos humanos, que traz o paradoxo da pessoalização/individualização dos direitos humanos. Como visto, a individualização é o *status* de todo o cidadão que goza dos direitos constitucionalizados. Já a pessoalização envolve apenas indivíduos que foram “pessoalizados” por um estatuto que protege “sua classe” – uma classe de indivíduos (pessoalizados), os quais são preferidos *ex lege* em detrimento daqueles “despessoalizados”, que desproveem de um estatuto, contando apenas com a proteção abstrata e universalista da Constituição.

Desse modo, pode-se afirmar que o discurso dos direitos humanos ainda é caracterizado por paradoxos tais como individualismo *versus* universalismo, concreto *versus* abstrato, pessoalização *versus* individualização, e o seu maior desafio ainda é a sua realização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Neslon Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

_____. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**, 6ª Ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, abr. 2016. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60768/60061>>. Acesso em: 20 Set. 2016.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. Vol. I. São Paulo: Paulus, 1990.

SELLERS, Charles; MAY, Henry; McMILLEN, Neil R. **Uma reavaliação da história dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Filosofia do Direito: definição e fins do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEFFORT, Francisco C. (Org.) **Os clássicos da política**. 1º Vol. 13ª, São Paulo: Ática, 2002.