

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

MARGARETH ANNE LEISTER

EDINILSON DONISETE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

G763

Garantias fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Luiz Fernando Bellinetti, Margareth Anne Leister – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-057-2

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O desafio de se efetivarem as garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico de nosso país exige um amplo engajamento dos diversos setores e instituições jurídicas contemporâneas.

A academia tem colaborado decisivamente para este processo e o Conpedi tem se firmado, ao longo de mais de duas décadas, como um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador para que se possa alcançar a sociedade livre, justa e solidária preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Garantias Fundamentais, cujas atividades foram realizadas durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracajú/SE, no período compreendido entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos Programas qualificados de pós-graduação em Direito enriqueceram a apresentação e discussão dos trabalhos do Grupo, possibilitando a troca de experiências, estudos e investigações visando esse contínuo processo de efetivação das garantias fundamentais.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações realizadas desde o âmbito da filosofia até as especificidades da dogmática jurídica.

Foram apresentados e discutidos vinte e um trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre as garantias fundamentais vinculadas às mais diversas searas do universo jurídico.

Gostaríamos que as leituras dos trabalhos aqui apresentados pudessem reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenarmos este Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que temos imensa satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática das Garantias Fundamentais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr Edinilson Donisete Machado UNIVEM

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti UEL

Profa. Dra. Margareth Anne Leister - UNIFIEO

A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: QUESTIONAMENTOS E OBSTÁCULOS PARA O SEU RECONHECIMENTO

THE UNIVERSAL HUMAN RIGHTS: QUESTIONS AND OBSTACLES FOR RECOGNITION

**Alexandre De Castro Nogueira
Têmis Limberger**

Resumo

O presente Artigo cujo tema é A Universalização dos Direitos Humanos: questionamentos e obstáculos para o seu reconhecimento analisa a necessidade de se superar alguns obstáculos para se realizar uma fundamentação racional do caráter universal dos Direitos Humanos, algo amplamente reconhecido pela doutrina, colocando em debate, a discussão sobre a aplicação de pensamentos opostos ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, tido como questão superada há tempos. Trabalhando com base em entendimentos que se formaram ou que ganharam forças após as atrocidades da 2ª Guerra Mundial, com o holocausto e os ataques nucleares ao Japão, refletindo que se está distante de uma doutrina suficiente para apresentar os direitos humanos como direitos a serem protegidos e opostos aos Estados, independentemente do seu ordenamento jurídico interno, o que, na opinião aqui pontuada, representaria, satisfatoriamente, a universalização dos direitos humanos a depender não só do argumento de que é ele inerente a todos os seres humanos, mas por realizar, de maneira efetiva, a proteção necessária desses direitos, já que são inerentes a qualquer indivíduo.

Palavras-chave: Direitos humanos, Universalização, Jusnaturalismo, Positivismo, Reconhecimento.

Abstract/Resumen/Résumé

This Article whose theme is "The Universal Human Rights: questions and obstacles to its recognition" shows the need to overcome some obstacles, to conduct a rational foundation of universal human rights, something widely recognized by doctrine, putting under discussion, again, the discussion on the application of thought opposed to natural law and legal positivism, as a matter had overcome long ago. Working based on understandings that were formed or that gained strength after the atrocities of the 2nd World War, the Holocaust and the nuclear attacks on Japan, stating that it is far from a doctrine sufficient to present human rights as rights to be protected and opposed to states regardless of their domestic legal systems, which, in the opinion here punctuated, represent satisfactorily the universalization of human rights depend not only on the argument that it is inherent in all humans, but unfulfilled, so effective, the necessary protection of these rights, as they are inherent to any individual

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Universal, Natural law, Positivism, Recognition

1 Introdução

Ao longo dos tempos a História Mundial mostrou a ineficácia dos Organismos Internacionais e dos Ordenamentos Jurídicos em proteger os direitos humanos.

As atrocidades que decorreram das duas Guerras Mundiais, que o Século XX acompanhou, mostraram que o indivíduo, o homem esteve desprotegido em seus direitos mais elementares. E engana-se quem relembra somente do holocausto, aconteceram também os ataques nucleares no Japão, a vergonhosa “Guerra” do Iraque, para não se falar nos conflitos existentes no Continente Africano e outros mais mundo afora.

A História da Humanidade, desde os primórdios, nos demonstra uma necessidade cultural de conquista de outros povos, com a tomada de territórios e imposição de culturas, para dizer o menos. Alguém olvidaria o massacre, a destruição de diversos povos indígenas na “descoberta” e “colonização” do novo mundo? A eliminação da civilização Maia, Incas e Astecas, através dominação espanhola? E a escravidão, abolida no Brasil a menos de cento e cinquenta anos? E o tráfico de escravos?

Todos esses fatos (históricos) nos levam a pensar sobre os direitos humanos e a sua necessária proteção. Como estaria a situação dos direitos humanos no que tange a sua proteção do ponto de vista internacional? Avançou-se ou houve um retrocesso nessa questão? O que seria necessário para garanti-los?

Muitas interrogações se postam, a História deve uma dívida para a população de hoje (ou essa deve a ela). Indiscutivelmente uma das características mais peculiares dos direitos humanos é a sua universalidade, ou seja, direitos mínimos inerentes a condição de ser humano devem corresponder a todos que se encontrem nessa condição pelo simples fato de ser indivíduo da espécie humana, independentemente do ordenamento jurídico o qual esteja vinculado.

Mas para se sustentar essa característica dos direitos humanos, se faz necessária a superação de alguns obstáculos que ainda não tiveram o devido enfrentamento satisfatório, como a questão do que realmente seriam esses direitos inerentes á pessoa humana, quais são os direitos humanos, quem está legitimado a fazer tal limitação e o fundamento racional de sua oposição dos Estados independentemente do seu ordenamento jurídico interno, bem como a questão cultural dos povos, dentre outras.

São questões que tanto o jusnaturalismo, quanto o positivismo jurídico não respondem, deixando os intérpretes do direito diante de outra dúvida, qual seja, se há, para os Estados, necessidade ou o dever positivamente dos direitos humanos para que os mesmos sejam devidamente respeitados.

2 Direitos Humanos

Para se avançar no sentido de pontuar e caracterizar a problematização dos direitos humanos no contexto proposto neste trabalho é imperioso que se defina as características desses direitos e da sua universalização.

2.1 Definição e características da universalização dos Direitos Humanos.

A definição do que seria direitos humanos é tema dos mais complexos dentro da ciência do direito, posto que, em regra ultrapassa conceitos puramente jurídicos. Há, ainda, uma discordância sobre a origem de tais direitos, se decorreriam de (ou estariam vinculados à) algum ordenamento jurídico, internacional ou interno, ou se existiriam independentemente do direito positivo, bem como se possui uma mutação em decorrência disso.

Perez Luño (1990), numa visão claramente positivista, define direitos humanos como sendo:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Nino (2007), por sua vez, demonstrando a dificuldade de conceituar os direitos humanos, decorrente, ou influenciado, pela própria divergência doutrinária sobre o que é direito, dever, lei, raciocínio prático, etc., apresenta uma visão de tal direito como direito moral, mas divergente dos demais direitos morais.

É inegável, na visão de Bragato (2011), que a definição de direitos humanos foi construída historicamente, havendo previsão em diversos ordenamentos jurídicos, mas transcendendo qualquer justificativa de sua positividade.

Na realidade, trata-se de um conjunto de atributos que decorre da dignidade humana reconhecida no século XX, e cujo titular é qualquer ser humano,

“independentemente dos traços culturais, políticos, étnicos, religiosos, nacionais, raciais ou sexuais que se ostente” (BRAGATO, 2011) ou “independentemente de qualquer papel ou condição social e serem exigidos simplesmente porque alguém é um ser humano” (BRAGATO, 2011).

Como se pode ver, já na definição de direitos humanos se enfrenta a questão da sua universalização e a necessidade de reconhecimento ou não pelo direito positivo. Assim, a própria adoção de um posicionamento ou outro, influirá na conceituação do que se enquadra ou não como direitos humanos, suas acepções e utilização no âmbito do direito.

2.2 Os problemas dos direitos humanos: Um cotejo entre Alexy e Ferrajoli

Robert Alexy (2011) apresenta, em termos singelos, os problemas do reconhecimento e caracterização dos direitos humanos¹, o problema epistêmico, os substanciais e os institucionais.

Para o autor citado acima o primeiro problema consiste em verificar se e como os direitos do homem podem ser reconhecidos ou fundamentados. Alexy indaga se, no fundo, os direitos do homem podem ser fundamentados racionalmente (ALEXY, 2011), mas afirma que sua fundamentação é uma questão meramente teórica, tentando demonstrar que eles (os direitos do homem) tornam-se tanto mais práticos, quanto mais forte a dúvida fundamental.

O segundo problema surge com a própria afirmação da existência dos direitos do homem e de que tais direitos devem ser reconhecidos. Os direitos à liberdade, igualdade e os demais insculpidos nos art. 1º a 20º da Declaração Universal dos Direitos do Homem harmonizar-se-iam com os demais (direitos tidos como sociais)? Estes direitos (sociais) são fundamentados em igual medida aos primeiros (direito à liberdade e igualdade), tidos como de primeira geração? (FERRAJOLI, 2006).

No que tange a institucionalização (terceiro problema), afirma Alexy, que os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido, informando que o preâmbulo da Declaração Universal

¹ O referido autor utiliza a expressão “direito do homem”.

² A partir desse ponto do texto todas as referências a Declaração Universal dos Direitos Humanos

dos Direitos Humanos² - DUDH - expressa isso claramente quando ele diz que “é essencial proteger os direitos do homem pelo domínio do direito”.

Além disso, os planos nacionais e internacionais onde hoje se encontra a declaração estão estreitamente enlaçados um com o outro. A concentração sobre a institucionalização em estados particulares é, certamente, não mais do que a possibilidade ou facilitação de um primeiro passo. Assim, a solução da questão institucional está unida estreitamente com a substancial, pois quanto mais prometem, mais difícil de impor fica (FERRAJOLI, 2006).

O mesmo autor apresenta ainda que os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Universais por terem um ideal universal, que compete a todos os homens, ressaltando que tal característica decorre do conceito biológico do homem.

Luigi Ferrajoli (2006) por sua vez ao invés de questionar o que são os direitos fundamentais, estudando seu conceito, preferiu se dedicar a responder a seguinte pergunta: *¿Cuáles son los Derechos Fundamentales?*³.

O autor italiano apresenta, de forma eclética, que é possível responder tal pergunta de três maneiras distintas, dizendo:

La primera respuesta es la que ofrece la teoría del derecho. En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” es desde mi punto de vista la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. (FERRAJOLI, 2006).

A segunda resposta é oferecida pelo direito positivo, considerando como direitos humanos, direitos fundamentais, aquilo que o ordenamento jurídico interno ou internacional, mas previamente positivado, afirmar que é. Trata-se de uma visão “pura” do Direito, homenageada por Norberto Bobbio (2004), para quem o conceito “natural” de direitos humanos é tautológico.

A terceira resposta, a que se dedica de maneira mais contundente o autor, é encontrada através da filosofia política e refere-se à pergunta de *cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales?* (FERRAJOLI, 2006).

² A partir desse ponto do texto todas as referências a Declaração Universal dos Direitos Humanos será feito através de menção a abreviação DUDH.

³ É o título do item II do texto acima, tratando-se do núcleo central do seu estudo sobre os Direitos Fundamentais.

No trabalho ora em comento, Ferrajoli dá uma visão normativa (“não assertiva”), buscando, para fundamentar racionalmente quais são tais direitos, formular critérios meta-éticos e meta-políticos. Indica três critérios, chamados de axiológicos, referentes ao nexos entre direitos humanos e paz⁴, entre aquele e a igualdade, e referente à proteção do mais fraco (minorias), em contradição à lei do mais forte.

Assim se observa que a conceituação, a definição e a proteção dos direitos humanos encontram diversos entraves, justamente em razão dessa dúvida: Há necessidade ou não de positivação dos direitos humanos para a sua proteção?

Seja qual for a resposta, outras dúvidas surgirão, como quais são os direitos humanos, o que se pretende proteger, a mera existência de um indivíduo da espécie humana ou a dignidade (existência digna)?

Existe ou não um direito humano inerente a todo ser tido como humano, independentemente de reconhecimento pelo ordenamento jurídico interno, de maneira a exigir-se o seu respeito e proteção, seja no âmbito doméstico, seja no âmbito internacional? E principalmente, a quem cabe apontar, definir e caracterizar, individualmente, quais são esses direitos?⁵

3 Entre o Jusnaturalismo e o Positivismo

O Século XX, após ter amargurado no fel do pós-guerra, com a destruição do conceito de direitos humanos e suas garantias, trouxe de volta a discussão sobre os conceitos jusnaturalistas do Direito.

Se acontecimentos como a ascensão do Nazismo ao poder na Alemanha, a submissão do “povo” judeu e o holocausto ocorreram às vistas de toda a humanidade, com suporte no ordenamento jurídico interno de um Estado ou decorrente deste, assim foi preciso repensar o conceito de direitos humanos, e mais, os critérios de conceito e de proteção de tais direitos.

⁴ Aqui inclui o direito de autodeterminação dos povos.

⁵ Mesmo parecendo redundante, esta última questão possui uma importância ímpar no tema de direitos humanos, quando se verifica que nem todas as Nações e culturas idealizam os mesmos direitos fundamentais de maneira homogênea, como por exemplo a igualdade de gênero, a liberdade sexual (direito respeitado e protegido de seguir a orientação sexual que melhor lhe convém), liberdade religiosa etc.

É diante de tal paradox, de um lado a o Direito interno e a Soberania Estatal, e de outro os Direitos Humanos, barreiras ainda não satisfatoriamente superadas, conclui-se que há um limbo sobre esse assunto, neste momento histórico, como aquele descrito por Hanna Arendt (2011), cujo passado nos empurra para frente e o futuro para traz.

Iniciada por Aristóteles e aprimorada por Tomás de Aquino, o jusnaturalismo empírico foi uma:

Corrente filosófica que buscou-se traçar, ainda que de forma aproximativa, tendo em conta a complexidade e profundidade da matéria, as linhas básicas da filosofia escolástica medieval, aliada à tradição grega, desenvolveu acerca do homem, sua natureza e fins existenciais (MARTINS FILHO, 2010).

Existem, contudo diversas teorias que atualmente dominam o Direito e a Filosofia (relativismos), que buscam de forma vigorosa rechaçar o reconhecimento da existência de princípios, leis e direitos naturais, assim universais e invariáveis relativos ao homem (MARTINS FILHO, 2010).

Excluiu-se deste estudo uma análise aprofundada das correntes jusnaturalistas, deixando propositadamente de mencionar o jusnaturalismo sofista⁶ e o teológico⁷, mas verificando, em termos singelos, o jusnaturalismo aristotélico e tomista como peças importantes para se alcançar o atual entendimento sobre essa tão interessante corrente conceitual do direito, o jusnaturalismo moderno.

O Direito, na visão de Aristóteles decorre da razão, sendo, assim, isso algo exclusivo do homem, sem fundamento teológico ou com suporte nas leis criadas pelo homem, posto que estas sejam peculiares ao tempo e ao espaço em que elaboradas, ao contrário da natureza humana, que é universal e invariável (MARTINS FILHO, 2010).

O jusnaturalismo tomista enxergava na lei natural a inspiração para as leis sociais, por isso as mesmas decorreriam de uma razão prática e empírica. Não é nem meramente divina e nem decorrente unicamente da vontade humana.

O jusnaturalismo moderno ou iluminista, por sua vez, entende o direito como sendo um ponto necessário a positivação das leis naturais. As leis do homem deveriam se fundar nos princípios gerais do direito, esses de cunho natural.

⁶ Via a organização social como a natural, igualando direito a poder e rebatendo do direito á igualdade, quando há natural desigualdade, posto que deve ser reconhecida a lei do mais forte.

⁷ Para qual Deus era o supremo legislador, posto que criador da natureza, fonte única do Direito.

Apontam alguns estudos para uma corrente neotomista, tratada por Messner (apud MARTINS FILHO, 2010), entendendo que o descumprimento da lei natural pelo homem, e a não adequação da lei positiva, naquilo que diz respeito aos direitos humanos fundamentais, à lei natural, tem como resultado, a médio e longo prazo, a deterioração do convívio social pela falta de observância da teleologia humana, transformando os homens em seres sem objetivos.

Além disso, John Mitchell Finnis se destaca como um expoente do “neojusnaturalismo”, da “*New School of Natural Law*”, com uma releitura da doutrina tomista, colocando a necessidade se se haver instituições feitas pelo homem para se ter uma razoabilidade prática nessa concepção de direito, como bem ensina Campelo Ferreira (2013, p.21):

Com tal compreensão das características principais do Direito natural, não é demais ratificar que Finnis busca justamente trazer luz a este, nos sentido de desvinculá-lo das mistificações que sempre o acompanharam, dissociando-o de qualquer critério de justificação de cunho eminentemente metafísico. Pretende, sim, legitimar o Direito natural de acordo com os bens humanos aos quais imputou uma autoevidência e que somente podem ser alcançados por meio de instituições do Direito humano e requisitos de razoabilidade prática.

Sendo importante pontuar a visão diferente de Finnis sobre o tema, vez que relaciona diretamente com os direitos Humanos:

Esse é o traço forte inserto em “Lei natural e Direitos naturais”: mostrar o Direito natural com foco no homem, seja quanto aos bens básicos a serem sempre buscados e fomentados, seja quanto à razão a ser impingida pelo homem no seu agir. Assim, o Direito natural de Finnis encontra flagrante correspondência nos Direitos humanos, ou seja, liga-se ao “bom”, mas aqui interpretado não como adjetivo da conduta humana, mas sim, como critério objetivo de avaliação da moral, descrito pelos bens humanos básicos e que se evidenciam na vida. Seu Direito natural com tal foco, flagrantemente influenciado por Tomás de Aquino e Aristóteles, se distancia de outras concepções das correntes jusnaturalistas cujo enfoque se baseava em uma legitimação metafísica ou mesmo no próprio homem, porém, sob outra perspectiva. Como exemplo desta última, citamos o “estado de natureza” utilizada por Thomas Hobbes¹⁴, pois para o autor inglês, o homem é um ser naturalmente egoísta e agressivo; ao qual é negada eventual qualidade quanto a um ser social. Tal passagem, por si só, já demonstra as diferenças, pois, para Finnis, a sociabilidade (amizade) humana não só é bem evidente, mas, como veremos, condição indispensável à consecução da justiça (CAMPELO FERREIRA, 2013, p.22-23).

Já Javier Hervada (apud MARTINS FILHO, 2010), verifica que o direito natural seria o núcleo básico, primário e fundamental de cada ordenamento jurídico positivo, calcado naquilo que decorre diretamente da natureza humana, fornecendo critérios objetivos para o justo e o injusto.

Em contraponto ao jusnaturalismo, surge o positivismo jurídico, cuja visão mais atual é calcada nos ensinamentos de Kelsen e Bobbio, sendo o direito positivo, reconhecido internamente pelo Estado soberano como a única fonte do Direito.

Por essa doutrina seria do direito posto que emanariam as regras de proteção do homem, disciplinas de seu convívio social, regulação dos seus direitos e deveres no âmbito da sociedade e etc.

Para o positivismo não se analisa o justo ou o injusto, mas a vigência e a eficácia das normas, tendo, como juridicamente justa a norma válida, em vigor e devidamente aplicada, tendo na lei a expressão da democracia, pois revela a decisão política da maioria.

Bobbio (2007) afirma que no jusnaturalismo, há uma tendência em reduzir a validade à justiça, de forma que uma lei somente será válida quando justa: *Lei em desacordo com a justiça 'non est lex sed corruptio legis'* (BOBBIO, 2007).

Informa o autor positivista que não se pode compreender o direito de maneira atemporal, posto que o dado histórico do momento é importante para se revelar o que, naquele dado momento, é direito e não aquilo que se queria que ele fosse. Assim, o positivismo jurídico, doutrina oposta ao jusnaturalismo, reduz o direito à validade (BOBBIO, 2007).

Segundo Bobbio (2008, p.60), Thomas Hobbes entenderia que:

A validade de uma norma jurídica e a justiça dessa norma não se distinguem, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, isto é, juntas com a validade. Enquanto se permanece no estado de natureza não há direito válido, mas tampouco há justiça; quando surge o Estado nasce à justiça, mas esta nasce ao mesmo tempo que o direito positivo, de modo que, onde não há direito não há também justiça, e onde há justiça, significa que há um sistema constituído de direito positivo.

Por isso o pensamento Hobbesiano tem relevância nesse contexto, pois, como ensina Engelman (2009):

Por tudo isso, o pensamento hobbesiano é um marco importante na caminhada, especialmente na faceta positivista, onde mostra claramente o aspecto voluntarista da criação do Direito, que independe do conteúdo fornecido pelo direito natural. Essa possibilidade gera um fascínio nos detentores do poder, dada a grande possibilidade de criar normas obrigatórias para os outros, ligados exclusivamente à sua vontade. A única condição para o nascimento de novas normas jurídicas e a observância dos aspectos formais.

Além desse ponto de vista há também reconhecimento do chamado realismo jurídico, que englobaria ou se confundiria com o historicismo e sociologismo jurídico,

que vêm no direito, não o ideal de justiça jusnaturalista ou a validade juspositivista (formalista), mas a eficácia como elemento mais importante, visualizando que o direito consuetudinário seria a fonte primeira de todos os direitos, porque nasceria imediatamente da sociedade, evoluindo, hoje, para o direito judiciário, ou seja, considerando-se direito aquilo que os juízes costumeiramente dizem que é.

Mas a visão que se defende neste Trabalho é a de que isso não passa de uma compreensão, mais complexa é verdade, do positivismo, posto que ainda vinculados à doutrina Kelseniana, mesmo sem se saber.

Pode-se afirmar hoje que a lei, outrora centro do direito, foi ofuscada, através de uma evolução doutrinária e jurisprudencial do direito, por uma visão constitucionalista, considerando-se válido aquilo que não contrariar a Constituição de um Estado.

Posto que essa é a norma fundamental de todo o sistema jurídico interno e a ela devem obediência os indivíduos, os poderes constituídos, principalmente os juízes, e a lei.

Com a discussão acerca da proteção dos Direitos Humanos após os eventos que se sucedeu nas primeiras décadas da segunda metade do Século XX, o positivismo deu espaço a uma nova discussão jusnaturalista do direito.

Tendo os Direitos Humanos como o foco de proteção interna e internacional, trazendo aquela visão de proteção do indivíduo como ser humano, independentemente de nacionalidade, etnia, gênero, orientação sexual e religiosa etc., ou seja, a proteção do indivíduo como membro da espécie humana, simplesmente por ser humano, é salutar a discussão sobre a universalização dos direitos humanos, ou seja, a imposição de tal proteção a todos os Estados, independentemente de qualquer reconhecimento pelo ordenamento jurídico interno dos mesmos.

4 A universalidade dos Direitos Humanos e o mínimo existencial: Questionamentos

Como apresentado acima, com os estudos de Ferrajoli (2006) sobre os direitos fundamentais, há de se reconhecer a grande dificuldade em identificar o que seria ou quais seriam os direitos humanos.

É inegável reconhecer o conceito de Direitos Humanos apresentado, dentre outros, por Bragato (2011), pelo qual se identifica tais direitos como sendo inerente a todos os seres humanos, pelo fato de assim o serem, tratando-se dos direitos e garantias mínimas que protejam a dignidade da pessoa humana.

Superada tal caracterização, e mesmo reconhecendo que há a universalidade de tais direitos, resta saber, quais são esses direitos, para fins de estabelecimento dos mesmos.

A questão é: como identificar um núcleo inalienável, indisponível, ou seja, o mínimo de direitos que representariam a pessoa humana e quais seriam esses direitos?

Bastaria a proteção à vida, proteção ao direito de estar vivo? Seria necessária a garantia não só da existência do indivíduo? O que seria dignidade da pessoa humana? Quem estaria autorizado a afirmá-la? O que é o mínimo existencial? Qual a proteção mínima exigida de um Estado? As liberdades públicas teriam a mesma carga protetiva que os direitos sociais, tidos como de segunda geração?

Resumindo, todos os direitos elencados na DUDH seriam obrigatoriamente oponíveis aos Estados, na mesma proporção ou haveria exceções, e mais, existiram alguns direitos inerentes à pessoa humana que não estariam descritos daquela declaração?

Obviamente este estudo não visa resolver todas essas questões, mas busca exatamente apresentá-las e relacioná-las com a idéia de universalização dos Direitos Humanos.

Pela visão que aqui se tenta assentar é perceptível que, no entanto, para se admitir de forma absoluta que existiria uma universalização, dever-se-ia considerar as ponderações elencadas, posto que o conceito de universal é, pelo que se abstraiu até agora, incompatível com o de relatividade.

5 Os Direitos Humanos e a Universalização: entre a necessidade e o dever de positividade

Para se reconhecer o caráter universal dos direitos humanos primeiramente seria preciso se identificar com precisão o que seria (quais seriam) tais direitos, a sua origem e o dever de se impor a sua proteção.

Nações que não reconhecem a igualdade de gênero, em razão de fortes raízes culturais, estariam descumprindo os direitos humanos? E se houve tal descumprimento, poderia o direito à igualdade de gênero ser imposto a tais Estados, mesmo que tal diferença encontre fundamento no direito positivo interno?

Não só essas, mas inúmeras questões teriam que ser necessariamente superadas para se alcançar um conceito ou uma situação unívoca em que se pudesse analisar, sem equívocos, a Universalização dos Direitos Humanos, posto que não basta afirmar, reconhecer a sua existência.

A ausência de sanção por descumprimento de um direito o transforma em meramente moral, e assim, sem forças para combater, juridicamente, a sua afronta, isso é uma máxima inafastável.

Aqui se retorna a questão da imposição de reconhecimento de direitos tidos como presentes no conceito de direitos humanos, mais uma vez se pontua o direito à igualdade de gênero, a outras culturas, não seria uma forma de (neo)colonialismo, descaracterização ou vulneração de culturas?

Não sendo possível impor o dever de igualdade de gênero a todas as nações, estaria ela, então, excluída do rol de proteção dos direitos humanos, não seria parte dos direitos humanos?

Este estudo não busca desvendar todas essas questões, sendo acertado dizer que há grande esforço da doutrina na solução desses problemas sobre a necessidade ou o dever de positivação dos direitos humanos.

Necessidade e dever são tidos aqui como conceitos antagônicos, sendo aquela um requisito necessário para a proteção dos direitos humanos, ou seja, a utilização de meios e mecanismos previamente postos pelo ordenamento jurídico interno para trazer o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos.

Neste ponto estariam os Direitos Humanos condicionados à recepção pelo ordenamento interno de um Estado, através de um termo legal específico garantidor ou não.

Já o Dever estaria ligado à obrigação juridicamente imposta⁸ de reconhecimento e proteção dos direitos humanos, independentemente de qualquer mecanismo previsto pelo Direito interno. O que é algo que confronta com a maneira

⁸ Assim considerada, para este estudo, como aquela passível de sanção também jurídica pelo seu descumprimento.

abstrata, de difícil percepção e aplicação, de se encarar os direitos humanos, conforme bem explica Douzinas (2000):

The ontological unreality of the abstract man of rights inexorably leads to their limited usefulness. Abstract rights are so removed from their place of application and the concrete circumstances of the persons who suffer and hurt that they are unable to match their real needs.

Verifica-se existem ali e aqui uma visão mais positivista e uma mais jusnaturalista, respectivamente, essa discussão está sempre posta, não tendo como se fugir, pois não é fácil definir a base do estabelecimento de maneira incontestável, pois querendo ou não o indivíduo é um sujeito com direitos de alcance internacional, ainda que a emergência do positivismo jurídico tenha suplantado essa ideia, como bem ensina Cançado Trindade (2013):

Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (notoriamente los escritos de los teólogos españoles y la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente universal¹², vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la voluntad de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando jus standi a los individuos, a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio derecho internacional, reduciéndolo a derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.

Embora este trabalho não intente adentrar na proteção internacional dos direitos humanos, reconhece-se que é indissociável pensar em universalização sem se pensar em internacionalização.

Os Direitos Humanos possuem diversas Cortes, tratados e convenções voltadas para a sua proteção, mas tais meios de reconhecimento e controle esbarram em uma questão primordial: a Soberania dos Estados.

Assim, Estados não signatários ou não submetidos à jurisdição internacional de uma Corte por vontade interna pode ser objeto de sanção jurídica por descumprimento de algum direito reconhecido como direitos humanos? Estaria obrigado a reconhecer tal direito?

Cançado Trindade (2013) pontua de maneira precisa essa questão:

La idea de la soberanía estatal absoluta, que llevó a la irresponsabilidad y a la pretendida omnipotencia del Estado, no impidiendo las sucesivas atrocidades por éste cometidas contra los seres humanos, se mostró con el pasar del tiempo enteramente infundada. El Estado - hoy se reconoce - es responsable por todos sus actos - tanto jure gestionis como jure imperii - así

como por todas sus omisiones. Creado por los propios seres humanos, por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. En caso de violación de los derechos humanos, se justifica así plenamente el acceso directo del individuo a la jurisdicción internacional, para hacer valer tales derechos, inclusive en contra del propio Estado.

O argumento mais fácil para responder tal questão é a afirmação de que os Direitos Humanos não estariam condicionados ao reconhecimento pelo direito positivo e nem à existência de sanção jurídica pelo seu descumprimento.

Mas dessa forma estar-se-ia, então, diante de uma mensagem meramente moral, não que a moral esteja fora do Direito, mas o Direito exige mais do que a moral, essa é uma luz que as linhas deste trabalho demonstraram.

Na esteira de raciocínio de William Twining (BRAGATO, 2011), ao contrário do que se imagina, o Direito não é recepcionado pela simples exportação, na realidade, de novos elementos de uma tradição já sedimentada que passam a transformar a sua interpretação, ou seja, ele não mantém a sua fiel identidade de origem, mas sim passa por um processo de adaptação.

Pensar de outra forma é subestimar a cultura adversa, imaginando-se que a difusão do direito passa por um processo simples de importação/imposição – como se faz na colonização.

Bragato (2011) defende que atualmente se têm direitos construídos historicamente, previstos em diversos ordenamentos jurídicos, transcendendo qualquer justificativa de sua positivação.

Na realidade, trata-se de um conjunto de atributos que decorre da dignidade humana reconhecida no século XX, princípio fundador desses direitos e que significou uma profunda ressignificação destes, no sentido de se afastar a concepção até então vigente de direitos do homem individualizado (visão liberal), passando a considerar seu exercício perante a comunidade na qual está inserido o homem.

O que nos aponta para outra questão: A universalização é condicionada no tempo? O momento histórico de reconhecimento de certo direito tido como humano é atemporal, ou essa universalização impõe um conjunto de direitos e garantias existentes desde os primórdios, desde quando o homem tomou consciência de si?

Devem-se diferenciar os direitos humanos universais dos direitos humanos universalmente reconhecidos. É que, quando há referência à direitos humanos universais, também haverá um quadro no qual se terá um conceito com tendências

jusnaturalistas, que independe do conceito de positivação, de reconhecimento por ordenamento jurídico interno ou internacional, e até mesmo pelo direito consuetudinário.

Considerar a universalidade importa em reconhecer os direitos humanos independentemente de qualquer sistema jurídico que assim os receba, sem restrições. Como afirma Bobbio (BRAGATO, 2011), há alguns direitos do homem que são amplamente reconhecidos e protegidos, como o direito de não ser escravizado ou torturado (BRAGATO, 2011).

Mas tais direitos seriam considerados universais, porque pertencentes a toda a pessoa humana, ou seria universal porque o ordenamento jurídico internacional e os ordenamentos internos assim, amplamente, o consideram?

6 Considerações finais

Os Direitos Humanos existem. A história ensinou que deve haver uma proteção permanente à pessoa humana contra os atos dos próprios Estados aos quais pertencem os indivíduos ou de outros entes internacionais.

Claramente essa compreensão foi uma evolução desde o pós-guerra, mas ainda há uma distância muito grande a ser percorrida para se compreender, proteger ou fundamentar racionalmente a universalização dos direitos humanos.

Há pouco tempo a humanidade testemunhou uma declaração de guerra, por uma superpotência contra um Estado militarmente inferior, com base em uma discutível desconfiança de produção de armas de destruição em massa, que, mesmo diante da reprovação institucional e moral de diversos Países que compõe a Organização das Nações Unidas, essa atrocidade se concretizou.

A guerra, em si, já é um atentado aos direitos humanos, seja contra as pessoas dos soldados dos países beligerantes, seja contra a população local atingida, porém esse tipo de discussão não tem espaço nos dias de hoje.

A universalização dos direitos humanos encontra diversos desafios de natureza teórica e prática, aliás, esse trabalho corrobora com a ideia de que não se pode separar o direito realizado, a teoria da prática, de forma tal que os problemas de fundamentação e aplicação se percebem como um só todo inseparável.

A necessidade de institucionalização, e a resistência encontrada no reconhecimento de alguns direitos humanos pelos ordenamentos jurídicos internos e internacionais leva ao questionamento: todos os direitos humanos são realmente universais?

O tempo, o momento histórico, os costumes e a cultura de determinados povos também fazem resistência à afirmação da caracterização universal dos direitos humanos. Certo de que os direitos humanos são direitos inerentes à pessoa humana, decorrendo naturalmente desta condição, contata-se, porém, que falta, contudo, elementos para a fundamentação racional que individualize e limite quais são esses direitos, diferenciando-os dos que não o são.

Faz-se necessário desenvolver melhor essa questão antes de afirmar o caráter universal dos direitos humanos, para se entender o que é universal, o que deve ser protegido e defendido independentemente de condição social, diferenças de gênero, orientação religiosa e sexual ou nacionalidade.

Para considerar universal dos direitos humanos, deve haver a superação de todas as fronteiras dos territórios, dos Estados, e para isso deve haver resposta para uma série de questão ainda pendentes.

Além disso, ainda há a questão da legitimidade, ou seja, a quem caberia a afirmação do que seriam e quais seriam os direitos humanos, postos que universais? Por outro lado se necessita ainda buscar fundamentação, resposta para se afirmar sobre o fato dos direitos humanos serem ou não realmente universais ou necessitariam de um amplo reconhecimento transnacional para que assim o fosse, ou seja, uma necessária positivação universal.

E mesmo considerando superado o reconhecimento da universalização, haveria a necessidade de positivação dos direitos humanos para que sejam opostos aos Estados, ou estes estariam obrigados a realizar os atos jurídicos internos de reconhecimento destes direitos?

Diante destas barreiras ainda não satisfatoriamente superadas, conclui-se que há um limbo sobre esse assunto, em um momento histórico, cujo passado nos empurra para frente e o futuro para traz.

Os fatos pretéritos, recentes ou distantes, nos mostraram que há algo mais do que aquilo que os ordenamentos jurídicos internos prevêm e reconhecem, mas, ao

mesmo tempo, o jusnaturalismo se mostra insuficiente para fundamentar a universalização dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2 ed. Trad. L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENDT, Hanna **Entre o Passado e o Futuro**. 7 ed. Trad. M. W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Ed. Edipro. 2008.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Trad. D. Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições Teóricas Latino-americanas para a Universalização dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, vol. 13, fev./mai. 2011.

CAMPELO PEREIRA, Matheus Bevilacqua. **O Positivismo Conceitual de Hans Kelsen e o Neojusnaturalismo Finissiano**: Um Debate em torno da Justiça. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/17122/17122_1.PDF>. Acesso em: 3 out. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*. **Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/4.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2013.

DOUZINAS, Costa. **The end of Human Rights: critical legal thought the turn of the century**. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2000

ENGELMANN, Wilson. A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da declaração universal dos direitos humanos de 1948. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, Maringá. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 2 out. 2013.

FERRAJOLLI, Luigi. Sobre Los Derechos Fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**. trad. M. Carbonel. México, D.F, nº. 15, jul./dic. 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Direitos Fundamentais**. In MARTINS (coord) et al. Tratado de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos; un ensayo de fundamentación**. 2 ed. rev. aum. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.