

INTRODUÇÃO

Apesar do tremendo apelo à ideia dos direitos humanos, este é visto por muitos como sendo intelectualmente fraco – carente em bases, e talvez, até mesmo, em termos de coerência e força de convicção. Acertadamente o uso frequente da linguagem “direitos para todos os seres humanos” o qual pode ser visto em muitos discursos e pronunciamentos práticos argumentativos, não tem sido adequadamente combinado às bases e congruência de conceitos subjacentes.

Isto se dá em razão de que o envolvimento dos direitos humanos tende a vir na maior parte daqueles que estão mais atentos em mudar o mundo; do que com aqueles que interpretam o direito. Há um apelo inflamado, por um lado, e um profundo conceito de ceticismo no outro. Latente ao ceticismo está a questão: *o que exatamente são direitos humanos, e por que nós precisamos deles?*

Na ideia da Justiça de Amartya Sen¹

Direitos humanos são melhores vistos como articulações de um compromisso nas éticas sociais, comparável a – mas muito diferente de – aceitar um raciocínio utilitarista. Como outros princípios, direitos humanos podem, com certeza, ser contestados, mas a exigência é que eles sobrevivam abertos ao público. Seja qual for a universalidade que estas exigências têm [...] são dependentes da oportunidade de discussões livres.

Pensar nos Direitos Humanos como uma categoria universal, ou seja, como algo que deva ser respeitado e efetivado em todas as culturas, tem se mostrado um árduo desafio, tanto por conta da diversidade cultural e dos antagonismos existentes nas diferentes sociedades da atualidade, quanto pela crescente disseminação de teses que buscam relativizar a observância e respeito desta categoria de direitos, para justificar práticas e ideologias aviltantes à dignidade humana.

A abordagem aqui proposta inicia com alguns questionamentos que buscam levar a reflexão sobre o real papel dos direitos humanos na atualidade, entre os quais, destacam-se os seguintes: *Construir direitos humanos com alcance universal é uma realidade tangível ou uma utopia inalcançável? Ou, será que pode existir um conjunto de direitos que tenha por destinatários todos os seres humanos, independentemente da ordem jurídica ou moral em que estejam inseridos? Há um limite mínimo que deve ser observado por todas as nações na regulação de suas práticas sociais, de forma a garantir-se uma existência digna a todos?*

¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Esta pretensão à universalidade tem encontrado, contudo, resistências, fundadas nas peculiaridades culturais inerentes à cada nação. Os opositores, chamados de *relativistas culturalistas*², defendem a relativização dos direitos humanos e a sua conseqüente adaptação às características de cada cultura. Fundam sua posição no argumento de que os valores morais são variáveis no tempo e no espaço e pelo fato de que uma sociedade somente pode ser interpretada e julgada por suas práticas, quando se utiliza as lentes dos próprios valores que ela elege para nortear a sua existência.

O presente artigo tem por objetivo desenvolver esse de maneira sucinta este debate, por meio do estudo dos fundamentos teóricos dos direitos humanos, articulando-se argumentos éticos com realidades interculturais, com o fim de defender a sua universalização, independentemente da cultura em que estejam inseridos. Para tanto, elenca-se as principais controvérsias e discussões existentes sobre a questão, buscando-se construir um conceito de direitos humanos capaz de demonstrar o caráter universal desta categoria.

2 OS DIREITOS HUMANOS E SEU REFLEXO LEGAL

Entre os diversos desafios que o estudo dos direitos humanos apresenta aos seus pesquisadores, pode-se destacar o da sua definição, como sendo um dos mais complexos e controvertidos, visto que, ainda hoje, é objeto de polêmicas, não alcançando consenso doutrinário.

O problema começa pelo uso banalizado que vem se atribuindo a expressão “*direitos humanos*”, que é empregada, sem critério, para justificar qualquer sentimento de indignação e contrariedade frente a situações de opressão, exclusão social e injustiça, fato que contribui para o alargamento indiscriminado de sua abrangência, passando a assumir dimensão muito mais *emocional*³ do que jurídica, perdendo-se, gradativamente, a precisão sobre o seu conteúdo.

Além disso, a própria denominação do instituto é confusa, pois se usa indistintamente expressões como direitos do homem, direitos inatos, direitos naturais, direitos individuais, direitos essenciais do homem, direitos de personalidade, direitos subjetivos públicos, direitos

² Nesta teoria, observa Philippe Engelhard, a própria comunicabilidade das culturas é posta em causa na medida em que, numa versão moderada, tais culturas seriam incomensuráveis, quer dizer não comparáveis. Numa versão extrema, significa que não se pode fazer nenhum julgamento sobre qualquer cultura, sob pretexto que cada uma está rodeada de uma opacidade que nos impede de compreender o porquê dos seus atos e, por conseguinte, de julgar. Disponível em < https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1076/1/Adelino%20Torres-Modernidade_Relativismo%20e%20Cincia.pdf > Acesso em 03/05/2017.

³ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. p. 22.

fundamentais, direitos humanos fundamentais, entre outras denominações⁴, ora usadas como sinônimos, ora com significados diferentes, fato que torna o estabelecimento de uma definição ainda mais complexo.

2.1 O conceito de direitos humanos e a definição doutrinária

Feito estes primeiros esclarecimentos, vê-se que outro complicador para o estabelecimento do conceito de direitos humanos está na própria forma como eles são normalmente definidos pela doutrina, pois a maior parte das formulações elaboradas mostra-se completamente vazia de conteúdo, limitando-se a descrever os traços externos deste instituto, usando exemplos de situações de direitos humanos, em prejuízo da delimitação dos seus elementos nucleares propriamente ditos. Isso ocorre por que muitos doutrinadores⁵ definem os direitos humanos como uma categoria de direitos que os indivíduos possuem pelo simples fato de fazerem parte da espécie humana⁶, destacando que eles são compartilhados em condições de igualdade por cada pessoa, independentemente da origem, raça, sexo, nacionalidade ou condição econômica.

Há ainda pesquisadores que definem os direitos humanos como a *norma mínima*⁷ das instituições políticas, que servem de parâmetro de legitimação para os regimes jurídicos dos Estados, fixando um último limite ao pluralismo entre os povos. Por fim, têm-se aqueles que afirmam que os direitos humanos são aqueles consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 1948.

Como se pode observar, estas definições não esclarecem o que são direitos humanos, restringindo-se a dizer: que os seres humanos possuem esses direitos e que eles são compartilhados sem discriminação de qualquer natureza; que servem de norma mínima das instituições políticas; ou, ainda, restringem-se a indicar os bens jurídicos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, para apontar que os valores nela consignados são direitos humanos, quando, a bem da verdade, o que se tem ali são meros

⁴ GARCIA BECERRA, José Antônio. *Teoría de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991. p. 11.

⁵ ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. California: University of California Press, 2004. p. 03.

⁶ DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. New York: Cornell University, 2003. p. 10.

⁷ RAWLS, John Bordley. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 105.

⁸ PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. p. 47.

exemplos desta *espécie jurídica*.

A insuficiência e a superficialidade destas definições levaram Norberto Bobbio a denominá-las de *tautológicas*⁹, defendendo que não há como se elaborar contornos nítidos sobre o conceito de direitos humanos, os quais chama de *direitos do homem*, por entender que esta expressão é muito vaga e também pelo fato de seu conteúdo variar ao longo da história.

Ora, para se apontar um bem jurídico como *direito humano*, realiza-se um raciocínio prévio, dentro do qual se valoram os elementos em análise, para se chegar à conclusão de que o bem avaliado faz parte ou não desta categoria de direitos. É justamente no estudo desta análise inicial que se encontra o conceito de direitos humanos, pois, ela constitui verdadeiro pressuposto lógico-racional que permite afirmar que determinado valor pertence a esta categoria de direitos.

Assim, a construção da conceituação dos direitos humanos não pode se embasar em tratados, leis ou qualquer outra espécie de normatização, pois, o seu conteúdo não está na regulamentação formal do instituto, mas no conjunto de elementos que formam estes valores protegidos.

Francisco Laporta¹⁰ explica que é justamente esta característica que coloca os direitos humanos fora do âmbito do sistema jurídico positivo, pois não se está tratando de um conjunto de direitos que uns possuem e outros não, de acordo com o cumprimento dos requisitos do ordenamento jurídico ao qual estão vinculados.

Os direitos humanos vão além das barreiras normativas, pois abrigam a todos indistintamente, independentemente do sistema legal ao qual o indivíduo esteja ligado. Deste modo, estando os direitos humanos libertos dos grilhões das limitações normativas, vê-se que a definição do que venha a ser ou não direitos humanos tem que ser universal, ou seja, não pode se sujeitar a eventuais restrições estipuladas por interpretações baseadas em princípios normativos ou culturais.

Mas, isto não quer dizer que a definição de direitos humanos possa ser reduzida a um simples acordo fático das culturas, posto que os direitos humanos representam uma “*herança de justiça coletiva de toda a Humanidade*”¹¹ (grifo nosso), e este traço não admite qualquer espécie de minimização do instituto. Este entendimento contrasta com termos legais primários,

⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17/8.

¹⁰ LAPORTA, Francisco J. *Sobre el concepto de derechos humanos*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 32.

¹¹ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo hoje*. Tradução Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 69.

também como consequências da legislação humana ou como precursora de direitos positivados.

SEN¹² define:

A meu ver, existem três preocupações muito distintas que os críticos tendem a apresentar em relação ao edifício intelectual dos direitos humanos. Há primeiro, o receio de que os direitos humanos confundam consequências com sistemas legais, que conferem às pessoas, direitos bem definidos; com princípios pré-legais que podem realmente dar a uma pessoa um direito juridicamente exigível.

Ainda:

A segunda linha crítica relaciona-se à forma assumida pela ética e pela política dos direitos humanos. Nessa concepção, direitos são pretensões que requerem deveres correlatos; se a pessoa A tem um direito a certo X, deve existir algum agente, digamos B, que tenha o dever de fornecer X a A. Não sendo reconhecido esse dever, os direitos alegados, segundo esse ponto de vista, só podem ser vazios.¹³

Conclui SEN:

A terceira linha de ceticismo não assume exatamente uma forma legal e institucional, mas vê os direitos humanos como pertencentes ao domínio da ética social. A autoridade moral dos direitos humanos, por essa perspectiva, depende da natureza de éticas aceitáveis.¹⁴

Direitos humanos podem, com certeza, ser refletidos na legislação, e podem também inspirar a legislação, mas esse é outro fato, preferível a uma característica dos direitos humanos em si mesmos.

A aplicação positiva tem se aplicado para muitas razões, cognitivas inclusive. O conceito dos direitos positivados é bem estabelecido e a linguagem dos direitos – até mesmo direitos humanos – *é influenciada por uma terminologia positivada*. Também uma grande parte das ações de legislação e convenções (como a “*Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*”) tem clara inspiração na crença de alguns direitos pré-existentes. Em um ensaio clássico “*Há algum direito natural?*”¹⁵, publicado em 1955, por HART¹⁶ discutiu que pessoas “*falam parte dos seus direitos morais principalmente*

¹² SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 261.

¹³ SEN, Op. Cit., p. 262.

¹⁴ SEN, Op. Cit., p. 263.

¹⁵ Hart, Herbert. L. A. *Are There Any Natural Rights?* The Philosophical Review, 64, April 1955. Reimpresso por: WALDROW. Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 79.

¹⁶ H. L. A. Hart was born in 1907, the son of a Jewish tailor of Polish and German descent. He was educated at Bradford Grammar School and New College Oxford, where he obtained a brilliant first class in Classical Greats.

quando advogando sua incorporação em um sistema legal”¹⁷ essa é certamente uma forma na qual os direitos humanos têm sido invocados; e a defesa qualificada de HART da ideia e utilidade para os direitos humanos, neste contexto, tem sido com razão influente.

É importante vislumbrar que a ideia dos direitos humanos pode ser – *e na verdade é* – usada de muitas outras maneiras. Em muitos contextos, legislação não é envolvida de todo,¹⁸ e como será discutido no momento oportuno, em alguns casos a legislação pode ser um sério erro. Na verdade, muitos dos casos nos quais a ideia de direitos humanos é usada – e frequentemente com grande efeito – *não há problemas de direitos positivos, mas tudo pode ser amplamente chamado de direito moral ou ético*. Por exemplo: Se um governo é acusado de violar algum “direito humano”, essa acusação não pode ser realmente respondida simplesmente apontando que há algumas regras não estabelecidas legalmente naquele país garantindo esses direitos. No caso de cumprir esses direitos até mesmo na ausência de legislação é visto como relevante e legítimo.

He practised at the Chancery Bar from 1932 to 1940 along with Richard (later Lord) Wilberforce. During the war, being unfit for active service, he worked in MI5. During this time, his interests returned to philosophy and in 1945 he was appointed philosophy tutor at New College. In 1952, given his chancery background, he was persuaded by J.L. Austin to be a candidate for the Oxford chair of Jurisprudence when Professor Arthur Goodhart resigned. He was elected and held the chair until 1969. From 1952 on he delivered the undergraduate lectures that turned into *The Concept of Law* (1961). He held seminars with Tony Honore on causation, leading to their joint work *Causation in the Law* (1959). His visit to Harvard in 1956-7 led to his Holmes lecture on 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) and a famous controversy with Lon Fuller. Returning to the UK he engaged in an equally famous debate with Patrick (later Lord) Devlin on the limits within which the criminal law should try to enforce morality. Hart published two books on the subject, *Law, Liberty and Morality* (1963) and *The Morality of the Criminal Law* (1965). A wider interest in criminal law, stimulated by Rupert (later Professor Sir Rupert) Cross was signalled by his 'Prolegomenon to the Principles of Punishment' (1959). Hart resigned his chair in 1969, to be succeeded by Ronald Dworkin, a severe critic of his legal philosophy. He now devoted himself mainly to the study of Bentham, whom, along with Kelsen, he regarded as the most important legal philosopher of modern times. Disponível em: <<http://www.oxfordchabad.org/>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

¹⁷ A teoria de Hart é fundamentada na existência de uma regra de conhecimento. Esta seria a aceitação por parte da sociedade que determinada regra jurídica existe em função de determinada prática social. Esta seria uma das condições de validade e seria diferente em cada sistema jurídico, justificando a fundamentação nela. A teoria Hartiana ainda propõe o conceito de *predigree*, seria se a norma tem reconhecimento de validade social de acordo com a regra de conhecimento, porque é desta que todas as outras normas derivam. Os juízes aceitam a regra de conhecimento de Hart quando aplicam o direito válido, mas como definir isto não ficou claramente explicado, parece que se baseia apenas na vontade do juiz em acatar ou não a regra de conhecimento. Para Hart o direito normatizado deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas. Se não puder resolver, o magistrado usa seu poder discricionário e cria o direito aplicável ao caso. Esta criação, na visão de Hart, seria oriunda de uma fonte externa e alheia ao Direito. Essa liberdade de criação é muito criticada na teoria de Hart e justamente neste ponto a teoria do Ronald Dworkin surge como forma de resgate do direito no sentido de trazer de volta seu conteúdo de alcance às normas não positivadas, através da compreensão que existem princípios e dentre a análise destes é que deve surgir o direito a ser aplicado, estando a solução interna ao direito. HART, Herbert L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, v. 71, 1958. p. 593. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16347>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

¹⁸ Os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com os seus recursos coercitivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de eles próprios, recorrerem ao aparelho coercitivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas; os direitos e os deveres requerem atenção com pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 331-333.

A aplicabilidade prática reflete particularmente para direitos humanos ao desenvolvimento como o direito à comida ou remédios ou algum lucro básico. Em muitos países do mundo – na verdade a maioria – tem poucas dessas exigências de desenvolvimento garantidas pela lei, e raramente algum país no mundo tem uma cobertura adequada contra todas as privações que estão envolvidas. Nesta perspectiva, SEN determina que:

A abordagem dos direitos deve ser acompanhada primeiramente por uma perspectiva relacionada à lei? Trabalhando tanto por uma legislação já estabelecida, ou exigindo-se uma nova legislação (...) ou por último, pensando em termos de uma legislação ideal? Eu discutiria contra a adequação de uma abordagem de direitos baseados de um jeito ou de outro, ao redor de uma legislação atual, proposta ou imaginada. Nós podemos fazer mais do que restringir nossos princípios orientadores para ideias positivas, ou pré-positivas ou ideal-positivas.¹⁹

Existe com certeza uma conexão legal. Na verdade, a legislação pode e frequentemente de maneira suficiente, ajudar a promover exigências éticas que incidem nos direitos humanos. A sociedade civil e organizações não-governamentais têm estado intensamente envolvidos em promover uma nova legislação – exigindo atuação do Estado e de desenfreado poder legiferante.

Também, às vezes, esta luta - *causa ética dos direitos humanos* - pode avançar efetivamente através de uma melhor *aplicação* legislativa (preferível a exigir uma *nova legislação*). Mas há muito mais na abordagem dos direitos humanos do que isto.²⁰

Procurar novas e/ou melhores leis implementadoras, talvez seja, dentre tantas outras exigências éticas que podem significar um avanço. Por outro lado, de uma forma ou de outra, na lei, direitos humanos podem ser diretamente parasitários. Essa relação entre direitos humanos e direitos positivos é, na verdade, um assunto de história considerável.

Na Declaração Americana da Independência em 1776 passou ser evidente que todos são dotados pelo seu criador com certos “*direitos inalienáveis*” e treze anos depois em 1789 a Declaração Francesa dos “*direitos do homem*” afirmou que os homens nascem e permanecem livres e com direitos iguais. Esses são claramente exigências pré-legais - para estarem refletidas na lei. Tanto que, ressalvada a gradativa e necessária expansão de seu conceito, não se conhece hoje em dia qualquer Estado, seja qual for a ideologia que o norteie, que não afirme, pomposamente, em seu estatuto político, o respeito por esses direitos.²¹

¹⁹ SEN, Op. Cit., p. 263.

²⁰ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

²¹ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

2.2 A ética, a moral e os direitos humanos

Descartado o uso do regramento jurídico para a identificação dos valores que constituem esta categoria de direitos, resta então a utilização da ética para este propósito, pois, por sua própria natureza, permite a construção de paradigmas que podem ser utilizados para se reconhecer os elementos que formam o núcleo dos direitos humanos, independentemente da cultura em que se estejam inseridos.

Mas de que forma seria possível desenvolver argumentos *éticos* para conceituar os direitos humanos, diante da *diversidade cultural e moral* existente na sociedade contemporânea?

Este aparente entrave é dissipado quando se estabelece uma clara distinção entre os sentidos das palavras ética e moral, compreendendo-se a conotação que o fundamento ético representa nesta construção conceitual. A ética, como uma área da filosofia, é a ciência da conduta humana²² que tem por objeto de estudo as ações humanas. A moral, por sua vez, é o objeto de estudo da ética, pois se caracteriza como o conjunto de normas de conduta ou de costumes que são adotadas por certo grupo social.²³ Nesse contexto, cabe a ética discutir as diversas morais, buscando estabelecer uma forma mais ampla do comportamento humano, extraíndo dos fatos morais e fundamentos comuns a eles aplicáveis.²⁴

Como exemplo desta heterogeneidade podemos citar a moral cristã, a moral judaica, a moral islâmica, entre outras, que estabelecem, de diferentes formas, valores utilizados como diretrizes de conduta para as sociedades que as adotam. Dentro desta diversidade axiológica, compete à ética desenvolver uma análise das diversas morais, encontrando pontos de interligação e de contato entre elas, constituindo e elaborando suas críticas.

Por todos estes elementos, é que o uso da fundamentação ética se mostra tão apropriada para a elaboração de uma definição de *direitos humanos*²⁵, pois, sua capacidade de diálogo com as diversas morais facilita a aproximação intercultural e o estabelecimento de valores universais que formam o núcleo conceitual desta categoria de direitos, afastando-se, com o seu uso, o risco de sua inaplicabilidade em certos contextos culturais.

Feitas estas considerações preliminares, inicia-se a construção da conceituação dos direitos humanos identificando-se o elemento nuclear que forma esta classe de direitos,

²² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007. p. 34.

²³ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

²⁴ GUIÁN, Esperanza. *Introducción a la ética*. Madri: Cátedra, 1995. p. 34.

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1993. p. 82.

buscando-se, para tanto, encontrar o valor ético que é comum a todos os bens da vida que são qualificados e elevados à categoria de direitos humanos.

2.3 A dignidade humana e busca pela fundamentação

O estudo das diversas teorias que atualmente buscam fundamentar esta classe de direitos²⁶ evidencia que todas elas relacionam, por diferentes caminhos, formas de realização da *dignidade humana*²⁷, pondo em relevo que é este o elemento ético nuclear desta classe de direitos²⁸. A própria Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU insere no seu preâmbulo o reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana como fundamento*²⁹ da liberdade, da justiça e da paz no mundo³⁰, ou seja, como base de todos os direitos ali consignados. Esta base valorativa é facilmente verificável, visto que não se consegue conceber um bem jurídico ao qual queira se atribuir o status de direitos humanos que não tenha por base a *dignidade humana*. Para KANT³¹ a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, o qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Já para DWORKIN:

Este atributo, contudo, é também reconhecido aos indivíduos desprovidos de condições de se autogerirem, como, por exemplo, as crianças de tenra idade e as pessoas que sofrem de problemas mentais, uma vez que também eles possuem o direito de receberem um tratamento digno por sua existência.³²

Por estas características, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico

²⁶ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. *Direitos Humanos e Globalização*. In: _____. (Orgs). *Direitos Humanos em Evolução*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007. p. 18.

²⁷ Neste trabalho opta-se pelo uso da expressão *dignidade humana*, por representar abstratamente um atributo reconhecido à humanidade como um todo, evitando-se, com isso, o uso da expressão *dignidade da pessoa humana*, por estar associado ao atributo de uma pessoa, individualmente considerada. Utiliza-se, por conseguinte, a mesma distinção feita por Ingo Sarlet, (SAELET. Ingo *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38.).

²⁸ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991. p. 78.

²⁹

³⁰ KANT, Immanuel. *Declaración Universal de Los Derechos Humanos*. Versión Comentada. México, DF: Amnistía Internacional – Sección México, 1998. p. 23.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: *Os pensadores – Kant (II)*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 134-141.

³² DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 309-310.

para existir³³, pois é um bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedades que não a respeitam, já que a sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre.

Autores como CROCE³⁴ e LUÑO³⁵, atribuem um conteúdo crescente e variável ao conceito da dignidade humana, pois entendem que ela é delimitada dentro de cada momento histórico, tendo como norte as necessidades humanas externadas pelos valores morais adotados por cada sociedade.

3 NÍVEIS DE COMPREENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Kant, Croce e Luño demonstram que a dignidade humana é melhor compreendida quando separada em dois níveis: 1) o primeiro, o qual chamaremos neste trabalho de *dimensão básica*, dentro do qual se inclui a teoria de Kant, e onde se encontram os bens jurídicos básicos e essenciais para a existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação; 2) o segundo, denominado nesta pesquisa de *dimensão cultural*, o qual abarca as teorias de Benedetto Croce e Pérez-Luño e onde estão inseridos os valores que variam no tempo e no espaço, os quais buscam atender as demandas sociais de cada tempo, em cada sociedade.

Com estrutura nestas premissas, pode-se afirmar que a *dimensão básica* da dignidade humana é universal, ou seja, tem que ser observada em qualquer cultura, pois representa justamente uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral.³⁶ Por tais motivos, a sua violação é facilmente constatada, pois estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer a redução de seu *status* de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa, deixando de ser um fim em si mesmo.

³³ MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996. p. 21.

³⁴ CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 17-19.

³⁵ PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos em la sociedade democratica*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 48.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

A *dimensão cultural*, por sua vez, representa as formas e condições com que a dignidade humana, em sua *dimensão básica*, é implementada por cada grupo social ao longo da história. Neste nível de análise, abre-se espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas, pois busca-se uma compreensão ética das finalidades de cada grupo-social, a fim de se construir significados que tenham capacidade de serem entendidos interculturalmente³⁷.

4 DOS “DIREITOS NATURAIS COMO TOLICES” DE BENTHAM, E AS “MANEIRAS DE FORTALECER BASES PODEROSAS PARA O TRABALHO DE MUITAS ORGANIZAÇÕES NÃO LEGISLATIVAS” DE MARY WOLLSTONECRAFT.

Mas, no entanto, não demorou muito para BENTHAM, em *Falácias Anarquistas* escritas durante 1791 – 2 (apontadas especificamente contra os “direitos do homem” da França) proposto o total repúdio de todas tais reivindicações, precisamente por que eles não são legalmente baseados. Bentham insistiu que “direitos naturais são simples tolices: direitos naturais e imprescritíveis (uma frase americana), tolices retóricas”. Ele continuou para explicar: Direito, o substantivo direito, é o filho da lei; das leis reais vem os direitos reais; mas das leis imaginárias, do “direito da natureza” [pode vir somente] “direitos imaginários”³⁸.

É de fácil visualização a rejeição de Bentham³⁹ da ideia natural de “*direitos do homem*”, dependendo substancialmente da retórica do uso privilegiado do termo de “direitos” – vendo especificamente termos legais. No entanto, na medida em que direitos humanos querem dizer se significativamente exigências éticas (indicando o que nós devemos estar em dúvida e o que exige que seja levado de maneira seria), o diagnóstico que essas exigências não necessariamente têm força institucional ou legal- pelo menos não ainda- *é um fato irrelevante*.⁴⁰

³⁷ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 77-78.

³⁸ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

³⁹ BENTHAM, Jeremy. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham>. Acesso em: 06 out. 2010.

⁴⁰ Bentham, por outro lado, opôs-se também aos revolucionários franceses, quando estes apelavam para o direito natural e afirmavam os direitos universais do homem. Para Bentham, o indivíduo somente possui direitos na medida em que conduz suas ações para o bem da sociedade como um todo, e a proclamação dos direitos humanos, tal como se encontra nos revolucionários franceses, seria demasiado individualista e levaria ao egoísmo. Este, segundo Bentham, já é muito forte na natureza humana. Assim, o que deve realmente ser procurado é a reconciliação entre o indivíduo e a sociedade, mesmo que seja necessário o sacrifício dos supostos direitos humanos. Nos *Princípios da Moral e da Legislação*, sua principal obra do ponto de vista propriamente filosófico, Bentham estuda pormenorizadamente a aplicação do princípio de utilidade como fundamento da conduta individual e social. Inicialmente, indaga que sentimentos devem ser preferidos a outros, salientando que se deve

No pensamento de SEN, até mesmo Bentham estava ocupado escrevendo seu repúdio dos “*direitos do homem*” em 1791-92, o alcance e extensão da interpretação ética dos direitos foi fortemente explorada por Direitos do Homem de Paine⁴¹; e, por uma vingança dos Direitos da Mulher: com Base em Matérias Políticas e Morais, de Wollstonecraft⁴², ambos publicados na mesma época, durante 1791-92, embora nenhum dos livros, ao ver de SEN; teria interessado Bentham.⁴³ Para Sen:

Eles deveriam na verdade, nos interessar. Thomas Paine estava identificando o que nós deveríamos agora chamar de “direitos humanos”, para guiar os esforços do nosso público, incluindo os esforços de dar força legal para eles através de uma nova legislação (Thomas Paine foi uma das primeiras vozes a exigir uma legislação anti-pobreza). No entendimento de Thomas Paine, esses direitos não eram – como com Bentham – “filhos da lei”, fornecendo bases para legislação – um ponto de vista que receberia apoio, dois séculos depois, do grande filósofo de jurisprudência de Oxford, Herbert Hart.⁴⁴

No entendimento de Wollstonecraft, algo talvez até mais radical, fosse discutir elaboradamente como os *direitos legítimos das mulheres* poderiam ser promovidos por uma variedade de processos, no qual a legislação era somente uma, e nem ao menos precisava ser a principal. A efetividade dessas exigências morais – suas “*reivindicações*” em adição as suas

levar em consideração todas as circunstâncias do satisfação: sua intensidade, sua duração, sua proximidade, sua certeza, fecundidade e pureza. Em seguida, indaga quais os castigos e recompensas que poderiam induzir o homem a realizar ações criadoras de felicidade e quais os motivos determinantes das ações humanas, com seus respectivos valores morais. A respeito dessas questões é de particular importância a análise de Bentham dos motivos que levam o homem a agir de certa forma e não de outra. Esse motivos devem ser chamados “bons” na medida em que possam conduzir harmonia entre os interesses individuais e os interesses dos outros, enquanto que “maus” seriam todos aqueles motivos que contrariassem esse objetivo de equilíbrio entre os homens. Entre os motivos bons, o que mais certamente conduz, segundo Bentham, à promoção do princípio de utilidade é a benevolência ou boa vontade. Em seguida, viriam a necessidade de estima dos outros, o desejo de receber amor, a religião e os instintos de autopreservação, de satisfação, de privilégio e de poder. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham>. Acesso em: 06 out. 2010.

⁴¹ Thomas Paine (29 de Janeiro de 1737, Thetford (Condado de Norfolk), Inglaterra - 8 de Junho de 1809, Estados Unidos), foi um político britânico, além de panfleteiro, revolucionário, radical, inventor, intelectual, e um dos Pais Fundadores dos Estados Unidos da América. Viveu na Bretanha até os 37 anos, quando imigrou para as colônias Britânicas na América, em tempo de participar da Revolução Americana. Suas principais contribuições foram os amplamente lidos *Common Sense* (1776)(em inglês), advogando a independência colonial americana do Reino da Grã-Bretanha, e *The American Crisis* (1776–1783)(em inglês), uma série de panfletos revolucionários. Depois, Paine influenciou bastante a Revolução Francesa. Escreveu *Rights of Man* (1791)(em inglês), um guia das idéias Iluministas. Mesmo não falado francês, foi eleito para a Convenção Nacional Francesa em 1792. Os Girondinos o viam como aliado, assim os Montagnards, especialmente Robespierre, o viam como inimigo. Em Dezembro de 1793, ele foi aprisionado em Paris, e solto em 1794. Se tornou notório por causa de *The Age of Reason* (1793–94), um livro advogando Deísmo e argumentando contra a religião institucionalizada, doutrinas Cristãs, e promovia a razão e o livre pensar, pelo qual ele foi ridicularizado na América. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Paine>. Acesso em 04 out. 2010.

⁴² Mary Wollstonecraft (Londres, 27 de Abril de 1759 - Londres - 10 de Setembro de 1797) foi uma escritora britânica. É considerada como pioneira do moderno feminismo com a publicação da obra “*A Vindication of the Rights of Woman*” (em português, *Uma Defesa dos Direitos da Mulher*), em 1790.

⁴³ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

⁴⁴ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

aceitações éticas dependeriam de uma variedade de características sociais tais como planejamento educacional real, campanha pública para mudança de comportamento (por exemplo, modificarem o que nos agora chamamos de comportamento machista e outros).

Por um lado, Wollstonecraft estava pontuando maneiras de fortalecer bases poderosas para o trabalho de muitas organizações não legislativas; incluindo associações internacionais, organizações dos cidadãos e ONGs para o desenvolvimento. A ONU⁴⁵ através da Declaração dos Direitos Humanos⁴⁶ feita em 1948 pavimentou o caminho para muitas outras atividades globais construtoras. Tal declaração não deu aos reconhecidos direitos humanos, nenhum efeito global, e porem a efetividade do reconhecimento tem vindo de outras formas. Essas outras formas incluem legislações novas nas quais um reconhecimento combinado pode inspirar, mas também outros esforços são suportados e fortalecidos pelo reconhecimento de algumas exigências fundamentais como direitos humanos reconhecidos globalmente.

Com o fim da II Guerra Mundial, o problema dos direitos básicos da pessoa humana foi novamente assunto em pauta, ou seja, posto como prioridade nas discussões entre chefes de Estado. Com a Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945, foi criada uma organização internacional denominada de Organização das Nações Unidas,⁴⁷ voltada a permanente ação conjunta dos Estados na defesa da paz mundial, incluída aí a promoção dos direitos humanos e das liberdades públicas (art. 1)⁴⁸. Com tais propósitos, *ao menos em tese a noção dos direitos humanos deixou de ser um compromisso de cada país, individualmente*. Passou a ser um princípio internacional a inspirar as ações dos membros fundadores ou futuros da organização.

⁴⁵ The United Nations is an international organization founded in 1945 after the Second World War by 51 countries committed to maintaining international peace and security, developing friendly relations among nations and promoting social progress, better living standards and human rights. Due to its unique international character, and the powers vested in its founding Charter, the Organization can take action on a wide range of issues, and provide a forum for its 192 Member States to express their views, through the General Assembly, the Security Council, the Economic and Social Council and other bodies and committees. Disponível em: <<http://www.un.org/en/aboutun/>>. Acesso em: 05 out. 2010.

⁴⁶ On December 10, 1948 the General Assembly of the United Nations adopted and proclaimed the Universal Declaration of Human Rights the full text of which appears in the following pages. Following this historic act the Assembly called upon all Member countries to publicize the text of the Declaration and "to cause it to be disseminated, displayed, read and expounded principally in schools and other educational institutions, without distinction based on the political status of countries or territories." Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 05 out. 2010.

⁴⁷ Os objetivos das Nações Unidas são: Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz. Júlio Marinho de Carvalho. *Os direitos Humanos no tempo e no Espaço* 1998.p.60

⁴⁸ ANGELO, Milton. *Direitos Humanos: Carta das Nações Unidas*, art. 1º. 1998. p. 92.

Também ONGs globais (Save the Children⁴⁹, Fronteiras Médicas⁵⁰ e outros) têm envolvido por um longo tempo no avanço dos direitos humanos através de programas reais para fornecer comida ou medicamentos ou abrigo ou ao ajudar a desenvolver oportunidades econômicas e sociais, e também através da discussão pública e advocacia, e através de divulgação e críticas as violações.

Na verdade, alguns direitos humanos que são valiosos não são reconhecidos porem discutidos, bons assuntos para a legislação ao todo (um ponto que não teria surpreendido Wollstonecraft, no mínimo), por exemplo, reconhecer e defender o direito moral de uma esposa de ser consultada nas decisões da família, ou até mesmo em uma sociedade tradicional machista que pode ser extremamente importante e pode plausivelmente ser vista como um direito humano; e até os defensores deste direito humano que enfatizam, corretamente, a relevância ética e política concordariam bem possivelmente que não é sensível fazer esse direito humano uma regra positiva, talvez com o resultado que um marido seria levado a custodia se ele falhasse ao consultar sua esposa.⁵¹ A mudança social necessária teria que ser trazida de outras formas. É fácil encontrar muitos exemplos de tal legitimidade, mas não direitos humanos idealmente legislados no campo do desenvolvimento⁵².

No entanto o ponto mais geral é que se essas sérias exigências são ou não positivadas; há também outras maneiras de promovê-las e essas maneiras são parte e parcela de uma base de direitos como abordagem para o desenvolvimento da humanidade.

5. O PAPEL DO ESTADO SOCIAL E A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Do ponto de vista crítico, algumas ideias podem ser vistas colocando-se em uso uma abordagem não positivada dos direitos humanos. A primeira questão é muito fundamental: *o que dá importância aos direitos humanos?* A importância dos direitos humanos relaciona-se à significância das liberdades que formam o tema desses direitos: liberdade, fome, mortalidade infantil, entre tantos outros. Direitos humanos geram razões para ações, *para agentes que estão em posição de ajuda na proteção ou promoção de liberdades que são latentes*. As obrigações induzidas envolvem primariamente o dever de dar *sensata consideração às razões para ação e suas consequências práticas*.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6115947/k.8D6E/Official_Site.htm>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.msf.org/msfinternational/volunteer/>>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁵¹ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

⁵² SEN, Op. Cit., p. 264

Direitos humanos podem levar a obrigações “*perfeitas*” (na forma de deveres especificados precisamente de indivíduos em particular ou mesmo organizações) e “*obrigações imperfeitas*” (a mais geral ou menos severa forma de uma obrigação para qualquer um em uma posição para ajudar a considerar o que ele ou ela deveria fazer, para fornecer ajuda). A resposta para a pergunta sobre quais deveres são correlacionados com direitos reconhecidos tem que ser respondida em diferentes níveis de especificação, desde que princípios éticos frequentemente tenham tais características.⁵³

Isso pode ser útil para ilustrar a distinção entre diferentes tipos de obrigações que podem ser ligadas aos direitos humanos tão bem quanto direitos legais. Considere um caso da vida real que ocorreu em Queens em New York em 1964, quando uma mulher, Kitty Genovese⁵⁴ foi fatalmente agredida em um lugar com plena visão para outros que assistiam o fato de seus apartamentos, mas não fizeram nada para ajudá-la. Notamos três coisas terríveis que aconteceram aqui as quais são distintas, mas inter-relacionadas:

- a) A liberdade da mulher -um direito humano- de não ser agredida foi violado (claramente a principal fatalidade neste caso foi que kitty foi assassinada);
- b) A violação do assassinato a imunidade que qualquer um deveria ter contra agressão e assassinato (violação de uma “obrigação perfeita” e mesmo caso ate mesmo estabelecida na legislação dos EUA); e
- c) Os outros que não fizeram nada para ajudar a vítima também transgrediram sua obrigação geral – e “imperfeita”- de ajudar no qual eles poderiam com responsabilidade fornecer suportes direito humano da vítima.⁵⁵

Entretanto, é possível refutar de que qualquer uso de direitos – exceto com obrigações perfeitas correlatas – inevitavelmente não são convincentes. Para SEN:

Em muitos contextos legais essa afirmação pode, com efeito, ter algum mérito, mas, em discussões normativas, com frequência se sustenta que os direitos são pretensões, poderes ou imunidades que seria bom as pessoas⁵⁶.

Embora não seja um dever específico, de nenhum indivíduo assegurar que a pessoa usufrua seus direitos, as pretensões podem ser dirigidas de modo geral a todos os que tiverem

⁵³ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

⁵⁴ Catherine Susan Genovese ([7 de julho de 1935, Nova York](#)^[1]—[13 de março de 1964, Nova York](#)), mais conhecida como Kitty Genovese, era uma mulher [estadunidense](#) que foi esfaqueada até a morte próximo de sua casa em Kew Gardens, no [Queens, Nova York](#). As circunstâncias de sua morte e a aparente reação (ou falta de reação) dos vizinhos dela foram relatados num artigo de jornal publicado duas semanas depois e instigaram investigações do fenômeno [psicológico](#) que tornou-se conhecido como "[efeito espectador](#)", "responsabilidade difusa" ou "síndrome Genovese". Disponível em : <http://pt.wikipedia.org/wiki/Kitty_Genovese>. Acesso em: 04 out. 2010.

⁵⁵ SEN, Amartya Kumar. *Venice Academy of Human Rights*. Veneza. 15 jul. 2010.

⁵⁶ SEN, Op. Cit., p.265.

condições de ajudar. Kant já caracterizava essas reivindicações gerais como obrigações imperfeitas, discutindo a sua relevância para a vida social, pois as pretensões são dirigidas de maneira geral a qualquer indivíduo que possa ajudar, muito embora nenhuma pessoa ou agente específico possa ser incumbida de levar a efeito a fruição dos direitos envolvidos.⁵⁷ Na Introdução à Doutrina do direito, Kant afirma:

Os deveres são ou *deveres de direito* (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou *deveres de virtude* (*officia virtutis s. ethica*), para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (ou cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isso constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim.⁵⁸

Para Kant:

[...] O ideal de pureza implica separar o conhecimento jurídico, do direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, Kelsen tem como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares, o dualismo kantiano, entre ser e dever ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. Kelsen, fiel à tradição relativista do neokantismo de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.⁵⁹

O direito é a linguagem objeto, e a ciência do direito, a metalinguagem: dois planos linguísticos diferentes. O primeiro momento kelseniano da metalinguagem define a norma jurídica como um esquema de interpretação do mundo – um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma – isto é, como condição de significação normativa. Trata-se assim do movimento que dá ao ser o seu sentido, através da “imputação” de uma conduta que deve ser obedecida, desenvolvendo-se no nível pragmático dos signos jurídicos, portanto, com caráter prescritivo.⁶⁰ O segundo momento da teoria pura é quando se transforma a metalinguagem [...] – a norma jurídica – em linguagem objeto da ciência do direito, a qual, por sua vez, passa a ser a sua metalinguagem. Aqui, ao contrário do procedimento anterior não existiria a intenção prescritiva

⁵⁷ SEN, Op. Cit., p. 265.

⁵⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini] São Paulo : Folha de S. Paulo, 2010. p. 59.

⁵⁹ KANT apud ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

– que dinamiza o direito –, apenas se procura descrever de forma neutra a estrutura das normas jurídicas.

Em breves palavras, a norma jurídica é uma metalinguagem do ser, localiza ao nível pragmático da linguagem, que ao emitir imperativos de conduta não pode ser qualificada de verdadeira ou falsa, simplesmente pode ser válida ou inválida. O critério de racionalidade do sistema normativo, já eu as normas não podem ser consideradas independentes de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema.

Portanto, a teoria jurídica dominante anterior a essa corrente neopositivista, o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente de adequação a ideais metafísicos. O normativismo kelseniano foi quem introduziu a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e auto-reprodução das normas.⁶¹ A filosofia analítica teria dois campos de atuação a seres agilizados respectivamente pela “teoria do sistema jurídico” e pela “teoria das regras jurídicas”. A primeira trataria da estrutura interna e das relações entre as regras, tema da “dinâmica jurídica” em Kelsen e da “teoria do ordenamento” em Bobbio. A teoria das regras jurídicas (Robles) abordaria, por sua vez, a “teoria dos conceitos fundamentais” (Bobbio), ou a “estática jurídica” (Kelsen).⁶²

Ao entenderem-se os direitos humanos como o conjunto de valores éticos que buscam proteger, garantir e realizar a dignidade humana em suas duas dimensões, vislumbra-se, como consequência lógica, a concepção de dois níveis de atuação dessa classe de direitos. O primeiro nível engloba os direitos humanos que visam proteger a *dimensão básica* da dignidade humana, ou seja, aqueles que buscam preservar os bens jurídicos básicos e essenciais à existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação. O segundo nível de proteção dos direitos humanos inclui a *dimensão cultural* da dignidade humana, ou seja, busca assegurar novos bens jurídicos que vem surgindo e se ampliando no tempo e no espaço, de acordo com as peculiaridades, avanços e demandas de cada sociedade.

O conjunto de direitos humanos que protegem a dignidade humana em sua *dimensão básica* é, por natureza, universal, pois permeia todos os níveis legislativos e culturais para

⁶¹ ROCHA, Leonel Severo. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

⁶² ROCHA, Leonel Severo. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Org.). *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19.

definir que cada ser humano tem direito de acessar os bens básicos e essenciais para sua existência, como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, impedindo que o indivíduo venha a perder sua característica humana de ser um fim em si mesmo, tornando-se um mero instrumento ou coisa. Por outro lado, os direitos humanos que envolvem a dignidade humana em sua *dimensão cultural*, estão sujeitos às variações nas formas e condições com que são implementados por cada sociedade, pois se destinam a atender as demandas sociais surgidas ao longo da história. É exatamente neste nível de proteção que os direitos humanos não são estáticos, mas constituem uma espécie que está em permanente processo de construção e reconstrução.⁶³

Por tais motivos, deve-se admitir nesta dimensão de proteção a ocorrência de diferentes práticas culturais, muitas vezes antagônicas entre si, que são conciliadas através de um diálogo intercultural⁶⁴, estabelecido através de critérios éticos capazes de demonstrar que certos costumes representam a dimensão cultural da dignidade de cada indivíduo e devem ser respeitados, observando-se sempre o limite no sentido de não reduzir a pessoa a mero instrumento ou objeto; Mas embora ela não exista formalmente consignada em um texto, existe a prática social na cultura destes povos, em forma de proibição. Então, pode-se afirmar que este tipo de cultura assegura o direito à vida e, portanto, *respeita esse direito humano*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas fraquezas distintas produzem um complexo padrão de correspondência de direitos-deveres em uma ética estruturada, que pode ajudar a explicar a estrutura avaliativa dos direitos humanos, que produz obrigações imperfeitas e perfeitas.

A precisão presumida dos direitos positivos é frequentemente contrastada com ambiguidades inescapáveis nas exigências éticas dos direitos humanos. Este contraste, entretanto, não é por si só uma grande vergonha para as exigências éticas, incluindo aquelas de obrigações imperfeitas, uma vez que uma estrutura de razão normativa pode sensivelmente permitir variações e não podem ser facilmente acomodadas em requerimentos cheios de especificidades legais; como Aristóteles pontuou em “*nicomachean ethics*” nós temos “que procurar por precisão em cada classe de coisas tanto quanto a natureza do assunto exige”.

⁶³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004. p. 332-333.

⁶⁴ HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 174.

Obrigações imperfeitas, junto com as ambiguidades inescapáveis envolvidas naquela ideia, podem ser evitadas apenas se o resto da humanidade – exceto aqueles envolvidos diretamente – estão dispensados de qualquer responsabilidade para tentar fazer o que eles suficientemente podem, para ajudar. Enquanto aquele tipo de imunidade geral – de ter que fazer qualquer coisa pelos outros – parece ser plausível suficientemente para requerimentos legais forçados pela legislação especificada, o caso para tal impunidade de uma obrigação geral (ou “imperfeita”) no domínio ético seria difícil para justificar.

Assim, *podemos incluir no domínio das exigências dos direitos humanos na sociedade (tanto econômico ou social) que não são inteiramente alcançáveis?* A impossibilidade de uma realização completa – na presente situação – anula ou prejudica um direito humano? Existem muitas tentativas na literatura para manter a ideia de direitos humanos confinados, como por exemplo os chamados direitos de “*primeira geração*”, como liberdade, sem exigências econômicas ou sociais incluídas. Este ceticismo às vezes toma a forma de argumento - que a menos que hajam instituições que sejam adequadas para garantir a realização completa dos direitos humanos – caso contrário tal direito não existe.

Um direito não reconhecido é uma categoria distinta de não direito – e um direito reconhecido que ainda não foi realizado - talvez não seja completamente realizado sem mudanças sociais. Na verdade, precisamente, exigimos este tipo de direitos, temos razão particular para tentar fazer o que for necessário para torná-los realizáveis; e então, quando necessário, através de novos institutos.

A inutilidade de aprovação de alguns direitos humanos como legítimos podem estender, ao menos em parte, inspirando ou ajudando a promover mudança institucional. A resposta para a questão *porque direitos humanos* estende, para o direito social, traduzir um valor ético em uma ação prática. Se uma garantia completa de realização fosse realmente aceita como uma condição para qualquer exigência para ser vista como um direito, então não apenas a segunda geração de direitos (conectadas com desenvolvimento), mas também a primeira geração de direitos (conectadas com liberdade e sem interferência) seria seriamente comprometida.

Direitos humanos se estendem na relevância e alcance de argumentações públicas para ética social, que tende para render exigências que possam ser convenientemente chamadas de direitos humanos. O domínio desta argumentação pode também ser global, mais que local. Por isso, há certamente uma necessidade de um grande entendimento de natureza associativa de acessibilidade de valores, e isto requer de nós irmos além da simples confiança nas convicções – muito frequentemente convicções conservativas – de grupos sociais autoritários e dominantes nas sociedades respectivas.

Uma das conclusões para emergir neste, brevemente, neste texto, é que o entendimento conceitual dos direitos humanos – na verdade a teoria dos direitos humanos – pode ser benéfica substantivamente na consideração de argumentações que movem os chamados direitos humanos ativistas e a cadeia e efetividade de ações práticas que eles levam, incluindo reconhecimento, monitoramento e agitação, em adição a legislação vigente.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. (Orgs). **Direitos Humanos em Evolução**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1993. p. 82.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

D'ARAUJO, Maria Celina. **Capital social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. New York: Cornell University, 2003.

DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social**. São Paulo: Vozes, 2002.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate, 1991.

FILAS, Rodolfo Capon. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Platense, 1998.

FIORINI, Juan Pablo. La imposibilidad de construir un orden social justo ante la muerte de la libertad. In: *Aportes Hacia un Modelo Más Justo y Equitativo de Sociedad* (Coord.). Equipo Federal Del Trabajo, 2006.

GARCIA BECERRA, José Antônio. *Teoría de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991.

GUISÁN, Esperanza. *Introducción a la ética*. Madri: Cátedra, 1995. p. 34.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I).

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HART, Herbert L.A. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, 1958. p. 593 <http://jusvi.com/artigos/16347> em 06/10/2010

HERMANY, Ricardo. **Rediscutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: UNISC/IPR, 2007.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo hoje**. Tradução Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. California: University of California Press, 2004

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A ideia de Direito Social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.30.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório sobre a pobreza**. 2000.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. p. 22.

RAWLS, John Bordley. **O direito dos povos**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean (Org.). **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET. Ingo **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Venice Academy of Human Rights**. Veneza. 15 jul. 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.