

OS DIREITOS HUMANOS PARA O JUSNATURALISMO E PARA O POSITIVISMO JURIDICO

HUMAN RIGHTS FOR JUSNATURALISM AND LEGAL POSITIVISM

*Regiane Nistler*¹

IMED/RS

*Leilane Serratine Grubba*²

IMED/RS

Resumo

O objetivo do presente ensaio é analisar a aparente ligação dos direitos humanos com as doutrinas jusnaturalistas e positivistas. O texto inicia com uma breve abordagem dos direitos humanos, traçando considerações acerca de sua historicidade, conceito, previsão internacional e validade. A problemática principal do artigo refere-se ao fundamento de validade dos direitos humanos: é ele naturalista ou positivista? A hipótese oferecida sugere um fundamento de validade positivista. A fim de analisar o problema e a hipótese de pesquisa, metodologicamente, realizou-se uma abordagem acerca do jusnaturalismo, que

¹ Mestranda em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Especializanda em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito e Processo do Trabalho (2015) e graduada em Direito (2013) pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - Unidavi. Coordenadora e membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Constituição e Sociedade de Risco" da Unidavi (desde julho de 2012). Membro do Grupo de Pesquisa "Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos" do PPGD da Faculdade Meridional - IMED (desde agosto de 2014). Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI (desde janeiro de 2015). Professora substituta das disciplinas de Direito Empresarial I e II do curso de Direito da Unidavi. Advogada, OAB/SC. E-mail: regianenistler@outlook.com.

² Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Professora dos Cursos de Direito da Faculdade Meridional e Faculdade CESUSC. Pesquisadora da Fundação Meridional. Coordenadora do grupo de pesquisa MAR – Migração, Asilo e Refúgio.

evidência a essência da natureza humana, principalmente, como amparo para o direito. Após, analisou-se o positivismo jurídico, corrente de pensamento segundo a qual o direito é exclusivamente aquele positivado pela autoridade competente. Por fim, verificou-se aproximações e tensões existentes entre o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e a proposta de efetivação e validade dos direitos humanos. O artigo foi desenvolvido por meio do método dedutivo.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Pressupostos. Validade. Jusnaturalismo. Positivismo jurídico.

Abstract

This paper is dedicated to the analysis of the connection between human rights and the positivist and naturalist doctrines. The text begins with a brief human rights approach, tracing his historicity considerations, concept, international forecast and validity. The main problem of the article refers to the Foundation of validity of human rights: is it a naturalist or positivist? The hypothesis offered suggests a foundation of positivist validity. In order to analyze the problem and research hypothesis, methodology, an approach about the natural law, which reveals the essence of human nature, especially as amparo to the right. After, we analyzed the legal positivism, current of thought according to which the right is exclusively the one positivado by the competent authority. Finally, if approximations and tensions between the natural law, the legal positivism and the proposal of execution and validity of human rights. The article was developing through the deductive method.

Keywords

Human rights. Fundaments. Validity. Natural Law. Legal positivism.

1 INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial³. Diante do contexto caracterizado pela guerra, pelo genocídio e pela desumanidade, no pós-Segunda Guerra Mundial, se iniciou a construção do que hoje se entende pela nomenclatura direitos humanos, paradigma que passou a orientar a ordem internacional.

Esses direitos humanos, surgidos em decorrência das atrocidades cometidas por ocasião da Segunda Guerra Mundial, cons-

³ SACHS, Ignacy. **O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos**, Estudos Avançados, 12 (33), p. 149.

tituem questão de legítimo interesse e preocupação da comunidade internacional, isto é, “eles transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva”⁴. Dessa forma, se impõem parâmetros de ação para as pessoas e para os Estados, protegendo direitos e liberdades, bem como possibilitando e legitimando as queixas, caso os direitos e liberdades não sejam respeitados⁵.

Proclamados pelas Nações Unidas em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos humanos são entendidos como direitos de todos os seres humanos, independentemente de quaisquer diferenças, como a raça, a religião, a procedência étnica, o gênero, o sexo ou a idade. Fundamentados na ideia de essência humana, são direitos de nascimento.

Os mencionados direitos humanos aparentemente surgem em meio a duas grandes Escolas jurídicas, a jusnaturalista e a positivista. Eles são direitos inerentes à natureza humana, mas, ao mesmo tempo, positivados pelos Estados pertencentes às Nações Unidas, por meio de Tratados Internacionais. Nesse sentido, é dever questionar se o fundamento de validade dos direitos humanos pode ser tido como jusnaturalista ou como positivista, isto é, se o fundamento de validade dos direitos é a natureza humana ou se é, pelo contrário, um determinado consenso político.

A hipótese que se apresenta sugere que o fundamento real dos direitos humanos é alcançado por meio de um consenso político. Contudo, se busca justificar o alcance universal dos direitos humanos por meio da noção de natureza ou família humana, o que justificaria, retoricamente, a validade universal dos direitos, para além dos Estados-membros das Nações Unidas e, ain-

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

⁵ CASSESSE, Antonio. **Human rights in a changing world**. Philadelphia: Philadelphia Temple University Press, 1990, p. 2.

da, para além dos Estados que ratificaram cada um dos Tratados, Pactos e Declarações Internacionais.

Parece que, a fim de se universalizar as garantias para além dos Estados-partes de cada documento internacional, segundo os trâmites do Direito Internacional Público, se apresenta a validade universal das garantias de direitos e liberdades fundamentais calcada na ideia da inerência da dignidade humana. Nesse sentido, os direitos humanos parecem ser configurados como direitos positivados (Escola Positiva), justificados ideologicamente pela natureza igual de todos os humanos (Escola Jusnaturalista).

Considerando-se o problema e a hipótese apresentados, metodologicamente, o artigo se desenvolverá da seguinte maneira: serão analisados os postulados do jusnaturalismo e do positivismo e, ao final, será realizada uma análise dos fundamentos políticos e jurídicos dos direitos humanos. O artigo desenvolver-se-á por meio do método dedutivo.

2 BREVES NOTAS SOBRE OS POSTULADOS DO JUSNATURALISMO

Esta seção tratará do instituto do jusnaturalismo⁶, doutrina que, em resumo, assume como fundamento jurídico o direito natural – a natureza. Na Antiguidade, refletiu-se nas antíteses entre a natureza e as normas; na Idade Média, entre o direito divino e o direito humano; e, na modernidade, entre o direito positivo e a razão individual. As variadas concepções de direito natural correspondem-se às variadas concepções que denotam a palavra natureza. Assim, há referências do direito natural nos povos orientais da Antiguidade, inclusive entre os hebreus, co-

⁶ Sobre o direito natural também são importantes os escritos de Welzel, disponíveis na seguinte obra: WELZEL, Hans. **Más llá del derecho natural y del positivismo jurídico**. Montevideo y Buenos Aires: Bdef, 2013.

mo revelam inúmeras passagens bíblicas, bem como entre os povos chineses e egípcios.⁷

O jusnaturalismo – doutrina do direito natural –, afirma Hart, faz parte da mais antiga concepção da natureza, isto é:

[Uma concepção] na qual o mundo observável não é um mero cenário dessas regularidades, e o conhecimento da natureza não consiste contrário, nessa visão mais arcaica, cada espécie nomeável de coisa existente, humana, animada e inanimada, é concebida como algo que tende não só a continuar existindo, mas a avançar em direção a um estado ótimo final que consiste no bem ou fim específico que lhe é apenas no conhecimento delas. Ao apropriado.⁸

Hart defende que, para o jusnaturalismo, existem determinadas características da postura humana que podem ser descobertas pela razão, às quais a lei humana precisa se adaptar para ser considerada válida.⁹

Para o direito natural, a lei, para ser considerada lei (válida), deve ser conforme a justiça¹⁰. Assim, a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido. Ao analisar o jusnaturalismo, Bobbio sugere, todavia, que se deve fazer a seguinte pergunta: “esta pretensão é fundada?” E responde que, ao julgar pelas divergências entre os diversos adeptos do direito denominado natural sobre o que deve ser considerado justo ou injusto, e a julgar pelo fato de

⁷ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

⁸ HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 244.

⁹ HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 240.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 36.

que o que era considerado natural para uns não o era para outros, se deveria responder que não. Argumenta que para Kant e, em geral, para todos os jusnaturalistas modernos, era natural a liberdade; enquanto que, para Aristóteles, era natural a escravidão.¹¹

O mencionado jusnaturalismo destaca a legitimidade do direito em âmbito metafísico, o que significa dizer que o direito é estruturado a partir da crença em valores universais e naturalmente imutáveis. Nessa concepção, ou ele se fundamenta em Deus, o que se intitula de jusnaturalismo teológico, ou tem seu amparo na razão humana, o que se denomina jusnaturalismo racionalista, ou, ainda, tem embasamento na natureza física, o que se chamou de jusnaturalismo naturalista¹².

O jusnaturalismo teológico se desenvolvendo prioritariamente na idade média, em razão de a cultura da época estar marcada intensamente pelo credo religioso e o predomínio da fé. Segundo as crenças do jusnaturalismo teológico, o humano acessa a lei divina por meio da razão. O homem deveria não apenas obedecer a lei da *polis*, mas também as leis consideradas divinas e válidas universalmente para o povo.

Um grande defensor da tese jusnaturalista teológica é Tomás de Aquino. Para o pensador, o fundamento do direito natural é a vontade divina¹³. A concepção teológica também foi defendida por Sócrates e Sófocles, dentre outros pensadores¹⁴. Em resumo, o jusnaturalismo teológico, fundando no divino, apresenta-se como inerente ao homem e independente de um legislador.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 36.

¹² GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹³ GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹⁴ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152 – 153.

O jusnaturalismo também apresenta o seu caráter racionalista, principalmente no século XVII, momento histórico no qual o conceito de direito natural deixa para trás os ensinamentos teológicos e busca fundamentação para a sua validade na razão humana¹⁵. Esse racionalismo pode ser descrito da seguinte maneira:

São representantes da Escola Clássica do Direito Natural Hugo Grócio, Christian relação a Hobbes e aos contratualistas em geral que engendraram culminante está em Rousseau. Contra esse direito natural, ensejador de arbítrio, é que houve a reação da Escola Histórica de Savigny, Puchta, Stahl, que investiram contra as ‘abstrações vazias do Direito Natural’, ‘as construções arbitrarias’, ‘as fantasias de um Direito racional de valor puramente subjetivo’.¹⁶

O advento do iluminismo e a fragmentação entre a veracidade da fé a verdade da razão forçou a universalidade do código da racionalidade. Se todos os humanos são considerados iguais em racionalidade, então o direito é natural e é de todos. Portanto, a natureza humana passa ser abordada como a natureza racional e o direito é essencial à natureza humana¹⁷.

Por fim, a vertente do jusnaturalismo naturalista busca fundar o direito natural na natureza; não na natureza do homem, mas na natureza do próprio universo. Essa é a teoria de Pontes de Miranda¹⁸, para quem o humano e o universo (o meio ambi-

¹⁵ GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹⁶ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152 – 156.

¹⁷ GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Investigação científica e Política Jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 50.

ente) estão subordinados às mesmas leis¹⁹. O jusnaturalismo, a partir dessa corrente, pode ser compreendido como a tentativa de iniciar um direito natural na natureza do universo ou do mundo físico.

Essas três grandes concepções de direito natural, no decorrer da histórica, foram duramente criticadas, principalmente em razão da carência de segurança jurídica. Nesse sentido é a doutrina de Alf Ross ao aduzir que

Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural. E, na verdade, como poderia ser diferente considerando-se que o fundamento principal de todo direito natural se encontra numa apreensão particular direta, uma contemplação evidente, uma intuição? Por que minha intuição não será tão boa quanto a dos outros? A evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asserções e deixa a porta aberta para imaginação ilimitada e o dogmatismo.²⁰

Para Ross, as doutrinas jusnaturalistas são construções de ordem arbitrárias e bastante subjetivas. Nesse contexto e ante a necessidade de objetivar o direito, optou-se pelas codificações, como será exposto a seguir, com a breve abordagem acerca do positivismo jurídico.

¹⁹ GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

²⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. Ed. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 79.

3 BREVES NOTAS SOBRE OS POSTULADOS DO POSITIVISMO

Esta seção dedica-se à análise não exaustiva dos postulados da doutrina do positivismo jurídico, a fim de analisar, posteriormente, sua possível vinculação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O positivismo jurídico pode ser entendido como uma doutrina que engloba diferentes teorias sobre o direito. O que essas teorias têm em comum é que todas pressupõe que o direito somente é direito quando positivado na lei, excluindo quaisquer análises e teorias jusnaturalistas ou, ainda, fundamentos metafísicos.

Tendo nascido de concepções antirracionaisistas do século XIX, principalmente a partir do historicismo, o positivismo colocou em xeque o direito natural e os mitos jusnaturalistas do estado de natureza, da lei natural, etc²¹.

O termo *positivo* que se extrai da expressão positivismo é entendido por Streck como sendo os fatos (lembrando que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Fatos correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que é possível contar, medir, pesar ou, no limite, algo que se possa definir através de um experimento²².

Ocorre que o positivismo jurídico, na condição de paradigma teórico, está longe de ser um instituto uniforme. Por positivismo jurídico, é importante considerar algumas posturas de cunho teórico que são, entre si, profundamente heterogêneas. A pro-

²¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996, p. 45 – 48.

²² STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 19.

pósito, esse desgaste causado pela ampliação do campo semântico em torno daquilo que poderia ser definido como positivismo jurídico levou, ainda na década de 1950, à produção de trabalhos que tinham como objetivo, entre outros, organizar o âmbito denotativo do termo. Os trabalhos dos autores Norberto Bobbio, na tradição conhecida por continental²³, e de Herbert Hart, no âmbito da cultura anglofona, são exemplos representativos desse nítido esforço.²⁴

Bobbio²⁵, por exemplo, realizou uma importante separação analítica acerca do positivismo jurídico, o classificando em: a) ideológico: positivismo enquanto ideologia; b) teórico: o positivismo como teoria; e c) metodológico/conceitual: positivismo dotado de qualidade do modo de aproximação do estudo do direito.

O positivismo denominado ideológico é caracterizado por posturas que defendem a tese de que o direito positivo possui força obrigatória, devendo ser obedecido e aplicado por todos os magistrados, não importando quais escrúpulos morais estão envolvidos no julgamento. Assim, o direito positivo deve ser aplicado pelo simples fato de ser direito, à medida que se torna indiferente, nesse contexto, o seu conteúdo valorativo. Essa postura evidencia a separação total entre direito e moral.²⁶

Criticamente, Santiago Nino²⁷ sugere que a defesa do positivismo ideológico não possui natureza conceitual, envolvendo

²³ Não excetuados os importantes trabalhos realizados pelo jurista austríaco Hans Kelsen, os quais não serão analisados neste artigo. Para saber mais, consultar: GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

²⁴ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

²⁵ Ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, *passim*.

²⁶ STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 20.

²⁷ NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. Ed. ampl. Ver. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 32-35.

uma frente moral, que seria uma postura claramente valorativa, pois defende que, em seu decism, cada juiz deve considerar um único princípio moral, qual seja, o princípio moral de observar atentamente tudo aquilo que direito em vigor determina.

Por outro lado, no que tange à proposta do positivismo teórico (positivismo enquanto teoria), torna-se imprescindível a análise doutrina defendida por Norberto Bobbio²⁸, que defende a apreciação do ordenamento jurídico e do arcabouço teórico para a sua compreensão (a citar a ideia de coerência e completude do sistema), tendo como fonte os preceitos legislativos. Na visão do autor, o direito confunde-se com a lei enquanto fonte formal emanada de um poder legislativo. Lei e direito, conforme mencionado, são a mesma coisa. No entanto, a diferença entre o positivismo teórico e o positivismo ideológico, para Bobbio, surge em razão de que o amparo da lei, para aquele e, diferentemente do ideológico, não seria um comando de cunho moral, mas de ordem meramente teórica, tratando-se de um imperativo do dedutivismo conceitual.²⁹

O positivismo metodológico, por sua vez, também chamado de conceitual, é aquele adotado pelos principais juristas e jusfilosofos positivistas, a citar neste ensaio, Hans Kelsen e Herbert Hart. Foram as propostas consideradas mais originais para este modelo de positivismo, tendo a de Hart sofrido dura crítica de Ronald Dworkin³⁰, que não desenvolveu uma teoria de direito tão abrangente quanto a de Hart, mas realizou fundamentada crítica a essa doutrina positivista.

Na perspectiva do positivismo metodológico/conceitual, o direito não deve ser caracterizado conforme propriedades valorativas, mas conforme propriedades descritivas. As proposições utilizadas pelos juristas para descrever o direito não implicam

²⁸ Ver Bobbio, Norberto. O positivismo jurídico.

²⁹ STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 21 – 22.

³⁰ Ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**.

em juízos valorativos, pois estão fundadas tão somente em critérios de verificação observáveis empiricamente.³¹

Nessa linha Kelsen tentou criar uma teoria jurídica pura e liberta de quaisquer elementos extrajurídicos, dotada de pureza metodológica.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.³²

O mencionado autor, Hans Kelsen, buscou superar as confusões de ordem metodológica e realizar uma diferenciação entre o estudo do direito e o estudo das outras ciências, concedendo objeto e método próprio à ciência jurídica.

A teoria de Hart, por sua vez, enfrenta um dos maiores e inquietantes desafios da pesquisa jurídica, qual seja, responder a pergunta *o que é direito?* Ao buscar uma resposta para esta pergunta, Hart desenvolve uma teoria do direito com duas grandes características: a) é geral porque tem como foco definir qualquer

³¹ STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 21 – 22.

³² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.1.

ordenamento jurídico que esteja vigente socialmente; e b) é descritiva, uma vez que tem como objetivo aclarar a estrutura do Direito e o seu funcionamento, mas sem levar em consideração a justificação moral das práticas jurídicas.

Para Herbert Hart³³, a expressão positivismo jurídico significa a afirmação simples de que as leis reproduzem exigências da moral ou as satisfaçam. Ele expõe que a obrigatoriedade, isto é, a ideia de que certos tipos de comportamentos humanos não são opcionais, é uma das mais marcantes características do direito. Além disso, afirma que a candidata mais óbvia a ser utilizada numa definição do direito é a família geral das normas de comportamento. Entretanto, o conceito de norma é tão desconcertante quanto a própria noção de direito, de modo que as definições do direito que começam por identificar as leis como uma espécie de norma geralmente não fazem avançar muito a compreensão do próprio direito.

Dworkin³⁴ critica a forma do positivismo conceitual definida por Hart, principalmente em razão de Hart assentar a sua tese no conceito de poder de cunho discricionário, bem como de suas repercussões para a efetiva aplicação do direito. Dworkin defendeu que, mesmo nos casos específicos nos quais os positivistas conceituais reconheciam a possibilidade de decisão discricionária, tanto pela falta de uma regra clara, quanto por questões de divergências interpretativas, haveria a imprescindibilidade de se observar que respectivas decisões aderem a padrões normativos obrigatórios. Esses padrões seriam princípios que estariam embebidos em intensa controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas, também – e principalmente –, moral.

³³ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 19 e 240.

³⁴ Ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**.

Ao arremate, Streck³⁵ explica que o positivismo metodológico se trata da forma mais sofisticada do positivismo, pois além de encontrar maiores apoiadores e repercussão, defende uma tese bastante difícil de ser contestada, qual seja, a de que o conceito de direito deve resultar de uma descrição apoiada somente em propriedades fáticas e empíricas.

O importante detalhe que marca o positivismo metodológico/conceitual diz respeito ao fato de que o teórico do direito pode afirmar que, em algumas hipóteses específicas, os juízes podem decidir casos que não estejam previamente previstos de maneira unívoca pelo ordenamento jurídico vigente, sem que haja contradição. Em alguns casos, pode-se afirmar que o juiz poderia inclusive abster-se de aplicar uma lei simplesmente porque a considera moralmente injusta, sem que isso represente uma contradição da teoria.³⁶

Esse seria o aspecto crucial, pois algumas decisões resultantes da aplicação do positivismo metodológico podem evidenciar a liberdade do magistrado decidir ocorrências por meio de critérios não jurídicos.

4 DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E PRESSUPOSTOS

A ideia inicial de direitos humanos tem sua origem remota em textos sobre dignidade e sobre direitos, os quais se referem aos escritos de Confúcio, à filosofia budista, ao Antigo Testamento Cristão, à filosofia greco-romana, dentre outros. Contudo, a dignidade passou se consolidar no plano jurídico com as

³⁵ STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 21 – 22.

³⁶ STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 21 – 22.

codificações europeias dos séculos XIII e XIV, em particular com o *Bill of rights* inglês de 1689.

Os textos jurídicos dos séculos XVIII e XIX apresentaram os direitos do homem como aqueles ligados à natureza da pessoa humana. Esse mencionados direitos humanos são difíceis de determinar, pois sua definição e existência dependem tanto das emoções, quanto da razão. Nesse sentido é a doutrina de Lynn Hunt, ao trazer que a reivindicação de auto evidência se baseia num apelo de cunho emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo e, além disso, é possível termos muita certeza de que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação.³⁷

O autor destaca, ainda, que a expressão *direitos humanos* foi dita pelas primeiras vezes em narrativas de muito sucesso para a história, tendo em vista que, um ano antes de publicar “O contrato social”, Rousseau, por exemplo, ganhou atenção internacional com um romance intitulado “Júlia ou A nova Heloísa” (1761). Nesse romance, Rousseau levou os leitores a se identificar com personagens comuns, que lhes eram, por definição, pessoalmente desconhecidos. Os leitores sentiam empatia pelos personagens, especialmente pela heroína ou pelo herói, graças aos mecanismos da própria forma narrativa. Os romances epistolares, contidos na narrativa, ensinavam a seus leitores nada menos que uma nova psicologia e nesse processo estabeleciam os fundamentos para uma ordem política e social.³⁸

Os romances apresentavam a ideia de que todas as pessoas são fundamentalmente semelhantes por causa de seus sentimen-

³⁷ HUNT, Lynn **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24.

³⁸ HUNT, Lynn **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 36 – 38.

tos íntimos, e muitos romances mostravam, em particular, o desejo da autonomia.³⁹

Para além das narrativas, diversas são as expressões utilizadas para definir os direitos humanos, também chamados como “essenciais à pessoa” e intitulados por “direitos naturais”, “direitos morais”, “direitos dos povos”, “direitos fundamentais”, “liberdades públicas”, entre outras. No entanto, cabe destacar que somente as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” têm obtido mais aceitação por grande parcela dos doutrinadores, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

Mas ainda que a questão na nomenclatura hoje seja mais ou menos pacificada, é preciso lembrar que sempre se mostrou intensa a polêmica acerca do fundamento, bem como da natureza dos direitos intitulados humanos, como por exemplo, se são direitos naturais e inatos, se são direitos de cunho histórico, se são direitos positivos ou se são direitos que advêm de determinado sistema moral, sendo que essas questões parecem ter sobrevivido ao tempo, permanecendo intensas na contemporaneidade.

Antes de tratar do seu conceito propriamente dito e os diversos termos utilizados para se referir aos direitos humanos, é preciso anotar um pouco acerca de sua historicidade, pois como leciona Hannah Arendt⁴⁰, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, que está sempre em constante processo de construção e reconstrução.

Nesse sentido é a doutrina de Bobbio⁴¹ ao desenvolver que os direitos humanos nascem como direitos universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Cons-

³⁹ HUNT, Lynn **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 36 – 39.

⁴⁰ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro. Documentário, 1979. p. 134

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992. p. 30.

tuição incorpora Declarações de Direitos), para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.

Com o passar do tempo e aos poucos, foi surgindo a ideia de que o indivíduo também poderia ser sujeito de direito internacional, sendo que, a partir desse momento começa a se consolidar a capacidade processual de ordem internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam exclusivamente a jurisdição considerada doméstica⁴², mas passam a constituir matéria de interesse e abordagem internacional.

Neste contexto, os primeiros sinais do Direito Internacional dos Direitos Humanos começam a se revelar e se mostrar importantes para a efetivação do instituto. Todavia, a marcante consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge oficialmente em meados do século XX, por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

Considerado moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos como um fenômeno do pós-guerra, seu desenvolvimento pode ser atribuído às grandes violações de direitos humanos da era Hitler e a crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção de cu-

⁴² Mas, quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de imitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, a é a nova perspectiva aberta pela carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e manifestada, ao fim de quatro décadas, em numerosíssimos documentos e instancias a nível geral, sectorial e regional. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, v. 4. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 30.

no internacional de direitos humanos existisse.⁴³ Explica Cançado Trindade⁴⁴ que

Na fase legislativa, de elaboração dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, os mecanismos de implementação simplesmente não teriam, com toda a probabilidade, sido estabelecidos, se não se tivesse superado, gradativamente e com êxito, a objeção com base no chamado domínio reservado dos Estados. Este fator fez-se acompanhar dos graduais reconhecimento e cristalização da capacidade processual internacional dos indivíduos, paralelamente a gradual atribuição ou asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais.

A internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento recente na história, que surgiu a partir do momento pós-guerra, significando uma resposta às barbáries e atrocidades ocorridas durante o período nazista. A propósito, o Estado se apresentou como o grande violador de direitos humanos, uma vez que a nomeada “Era Hitler” foi marcada pela lógica da destruição e exclusão da pessoa humana, o que implicou no extermínio de aproximadamente onze milhões de pessoas, dentre povos judeus, ciganos e homossexuais. Assim, o legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – essencialmente a “raça ariana”. Nesse sentido, Ignacy Sachs⁴⁵ afirma que o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror notório e absoluto do genocídio concebido como projeto de ordem política e cultural.

⁴³ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.p. 17.

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 05.

⁴⁵ SACHS, Ignacy. **O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos**, Estudos avançados n. 12 (33), 1998. p. 149.

A barbárie do totalitarismo implicou na ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emergiu a necessidade da reconstrução dos direitos humanos como referencial e paradigma ético que aproximasse o direito da moral.⁴⁶ Nesse contexto, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, qual seja, “o direito a ter direitos”, logo, “o direito a ser sujeito de direitos”.⁴⁷

Nesse sentido, observa Celso Lafer⁴⁸:

Configurou-se como primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano a hospitalibilidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar como Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz.⁴⁹

Dessa forma, os direitos humanos, no que tange ao seu processo de internacionalização, que pressupõe a delimitação da chamada soberania estatal e a própria relativização da soberania, passa a ser uma relevante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, perante o repúdio de cunho internacional

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 196

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 196

⁴⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 1988. p. 24.

⁴⁹ LAFER, Celso. Prefácio ao livro **Os direitos humanos como tema global**. p. 26.

as atrocidades cometidas no holocausto. No que tange a expressão direitos humanos, ensina Dalari⁵⁰:

A expressão “direitos humanos” é uma forma abreviada de mencionar “os direitos fundamentais da pessoa humana”. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidade associadas às características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos.

Os direitos humanos passam a ser aqueles direitos considerados elementares, sem os quais os seres humanos não são capazes de se desenvolver e de sobreviver, ou seja, são as condições de ordem básica a ensejar uma vida com o mínimo de dignidade. Esses direitos, como afirma Bobbio⁵¹, considerados essenciais da pessoa humana, nascem em razão das lutas em face do poder, contra a opressão, o desmando, gradualmente, ou seja, não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhe são

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2002. p. 07.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 06..

propícias, quando passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna.

Nesse sentido, por exemplo, Perez Luño⁵², ao encarar o desafio de refletir, analisar, desenvolver, fundamentar e sintetizar um conceito de direitos humanos que considere as suas dimensões históricas, axiológicas e normativas, defende que os direitos humanos sejam entendidos 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.

Rodota⁵³, por sua vez, criou uma narrativa no sentido de que o núcleo dos direitos humanos precisa ser o humano e a sua dignidade, ou seja, a sua essência, pois somente isso formará uma verdadeira guarnição em face do totalitarismo.

Parece ser possível extrair dos argumentos supramencionados que, se a grande guerra foi o período de violação de direitos humanos, o período posterior deveria ser de proteção aos respectivos direitos. No entanto, essa conquista ainda é mínima diante do que se pretende e, principalmente, daquilo que foi proposto na trajetória acima delineada⁵⁴.

Faz-se necessário transcender completamente a doutrina de universalismo moral, apontada por Habermas⁵⁵, sob pena de anulação das consequências da emancipação e do empodera-

⁵² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. Tradução livre. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1990.

p. 48.

⁵³ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Tradução livre. Roma-Bari: Laterza, 2012.

⁵⁴ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015. 6ª ed. p. 35.

⁵⁵ HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Slligmann Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001, p. 137.

mento do indivíduo ou, então, os direitos humanos serão manipulados como objeto ideológico derivado da cepa nacionalista.⁵⁶

Também a necessidade de ser refletir sobre o devir dos direitos humanos, sua titularidade e efetividade na contemporaneidade, pois como leciona Cassese não há sentido na manutenção espacial do ideal de Direitos Humanos apenas nos territórios estatais ou, dos tratados internacionais vinculados originalmente aos Estados.⁵⁷

O que se quer com essas considerações é lembrar que embora o sistema internacional de direitos humanos tenha avançado, seja na maturidade de seu conteúdo, no seu âmbito de atuação e quanto a observância do cumprimento de suas decisões, não se pode dizer que respectivo sistema satisfaz o que se propôs há décadas a título de proteção dos direitos humanos ou que somente há tempo o Estado e os particulares foram grandes violadores de direitos da pessoa humana.

É preciso abrir o debate no sentido de que, embora muitos casos de violação somente tenham sido apurados e aplicadas as penalizações de agentes por conta desse sistema internacional, decorrente de lutas históricas que evidenciaram os mais severos exemplos de barbárie, os tempos atuais continuam a demonstrar que os direitos humanos estão em constante construção, mas mais que isso, que sua efetividade continua se mostrando deficiente e, em mundo, em constante transformação, no qual os expedientes são alterados todos os dias e o palco altera os seus protagonistas, o ideal de direitos humanos, que considera o ser humano na sua essência, na sua integralidade, parece estar longe de ser alcançado.

⁵⁶ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.86.

⁵⁷ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. 3. Tradução livre. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2012. p. 24.

É preciso destacar, aliás, que ficou evidente que, para o jusnaturalismo uma norma somete é considerada válida na hipótese de ser valorosa, ou seja, intitulada justa, ao passo que faz a identificação do conceito de validade ao conceito de valor e faz um questionamento acerca da existência da essência do que se entende por justiça. Enquanto para o positivismo o direito é caracterizado pela coação, não se trata de um valor, mas sim de um fato jurídico e dessa forma se extrai do direito, qualquer elemento moral, como a própria justiça ou um elemento essencialista, como a vinculação do direito a Deus, à natureza e ao ser humano.

Em uma relação ao jusnaturalismo, tanto na matriz teológica, quanto naturalista e racionalista, fica evidente o apontamento para a existência de um direito essencialista, seja, na razão, no universo físico (natureza), seja em Deus. O jusnaturalismo racionalista, que importa ainda mais a este debate, tem sua base na existência do direito natural, na razão e na natureza própria e também demonstrou características como crença na essência humana. O importante detalhe de que o direito, nesse contexto, é inerente ao ser humano, e, portanto, universal.

Assim, em uma ponte com os direitos humanos é preciso ratificar a defesa no sentido de validade e proteção dos direitos humanos simplesmente pela condição de ser humano, ou seja, pela sua essência. Assim, o fundamento dos direitos humanos, na essência, comunica-se com o jusnaturalismo, principalmente o de corte racionalista. O ser humano, nesse sentido, é detentor de direitos humanos não pelo território onde se encontra, menos ainda pela cidadania que ostenta, mas principal e especialmente, pela sua condição humana, ou seja, pela sua essência.

A análise do jusnaturalismo, nesse contexto, faz uma advocacia no sentido que os direitos humanos são válidos simplesmente e exclusivamente por circunstâncias naturais, a citar, em especial a essência humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou questionar o fundamento de validade dos direitos humanos, interrogando se ele pode ser entendido como jusnaturalista ou como positivista, ou seja, se o fundamento de validade dos direitos é a natureza humana ou se é um determinado consenso político. Preliminarmente, desde a introdução, apresentou-se a hipótese de que o fundamento real dos direitos humanos é alcançado por meio de um consenso político.

Apesar de tal consenso político, ressaltou-se que o alcance universal dos direitos humanos parece ser alcançado pela retórica da existência de uma natureza humana, que confere validade universal dos direitos para além dos Estados-membros das Nações Unidas. Nesse sentido, os direitos humanos se configurariam como direitos positivados (Escola Positiva), justificados ideologicamente pela natureza igual de todos os humanos (Escola Jusnaturalista).

Após a análise realizada no artigo, verificou-se que os direitos humanos fundamentais são, de fato, direitos históricos, nascidos em circunstâncias caracterizadas por lutas em prol de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁵⁸

Em se tratando de sua efetivação não basta que os direitos humanos sejam positivados em *rule of law* ou que apresentem preceitos de internacionalização, afinal tais ações já foram efetuadas, mas com sucesso restrito.⁵⁹ Torna-se imprescindível que, além dessas características, sejam acrescentadas práticas de generalização e de especificação, modo no qual o humano é visto em sua situação concreta, fática e

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992. p. 05.

⁵⁹ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.85.

real⁶⁰.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro. Documentário, 1979.
- AQUINO, Tomás de. **Os pensadores**. São Paulo: Nova cultural, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Caros Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992.
- BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.p. 17.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 05.
- CASSESE, Antonio. **Human rights in a changing world**. Philadelphia: Philadelphia Temple University Press, 1990, p. 2.
- CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. 3. Tradução livre. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.
- CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 186 ss.
- KAMPHORST, Marlon André. Uma introdução aos direitos humanos e fundamentais no plano transnacional. Transnacionalismo, **Globalização e Direitos Humanos**. PAFARINI, Jacopo; ROSENFELD, Luis; STAFFEN, Marcio Ricardo Staffen. (Orgs.) Itajai: Univali, 2015. p. 87 ss.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2002.
- GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estado preliminar**.

⁶⁰ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estado preliminar**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 186 ss.

- GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional. Tradução de Márcio Slligmann Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.
- HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LAFER, Celso. Prefacio ao livro **Os direitos humanos como tema global**.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, v. 4. Coimbra: Coimbra, 1991.
- NINO, Santiago. *Introduccion al analisis del derecho*. 2. Ed. ampl. Ver. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 32-35.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución. Tradução livre. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2015.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PONTES DE MIRANDA. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Investigação científica e Política Jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1972.
- RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. Tradução livre. Roma-Bari: Laterza, 2012.
- SACHS, Ignacy. **O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos, Estudos Avançados**, 12 (33).
- STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.86.

STRECK, Lenio. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WELZEL, Hans. **Más llá del derecho natural y del positivismo jurídico**. Montevideo y Buenos Aires: Bdef, 2013.