

UMA FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA OS DIREITOS HUMANOS*

A REASONABLE FOUNDATION TO THE HUMAN RIGHTS

**Fernanda Duarte
Rafael Mario Iorio Filho**

RESUMO

O presente texto é resultado do esforço de trabalho do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia da Universidade Gama Filho (PPGD/UGF - CNPq). Pretende sistematizar o debate jurídico acerca da temática da fundamentação dos Direitos Humanos. Registrando-se os questionamentos sobre sua pertinência e possibilidade, aponta duas grandes matrizes: subjetivistas e objetivistas, que dariam respostas a tais indagações. Essas matrizes se associam a possibilidade de apreensão racional dos valores. E aponta que a tese da fundamentação suficiente e da salvaguarda dos Direitos Humanos de PERELMAN e Olbrechts-TYTECA, baseada em sua Teoria da Argumentação, seria uma síntese das justificativas desses direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; FUNDAMENTAÇÃO E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

ABSTRACT

This paper is the result of the investigation work done by the research group Jurisdição Constitucional e Democracia, linked to Universidade Gama Filho (PPGD/UGF - CNPq). It intends to organize the debate about the essentiality and possibility of justifying human rights, enumerating the most popular ideas. The answer to this problem is straightly linked to the debate of the objectivity of values. The paper also seeks to demonstrate that the work of Chaïm PERELMAN & Lucie Olbrechts-TYTECA can produce reasonable foundation and safe-guard of Human Rights, being considered as the mid-place of the justifying thesis in the Human Rights debate.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; FOUNDATION E ARGUMENTATION THEORY

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS

É notório o destaque que o tema dos Direitos Humanos detém nos discursos políticos e acadêmicos no mundo contemporâneo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, caracterizado por um amplo compromisso de povos e Estados no sentido de formalizar meios hábeis a evitar a ocorrência de novas barbáries, tais como as praticadas por regimes totalitários[1] como o Nazismo e o Stalinismo. É fácil constatar a força ideológica e simbólica que, nesses últimos sessenta anos, assumem os Direitos Humanos, principalmente numa perspectiva de sua efetivação na ordem internacional.

Esse quadro histórico firmou, para os constitucionalistas pós-1945, uma compreensão de que as novas constituições deveriam ser moldadas em novas bases institucionais e políticas. Graças a esses fatos consagrou-se, também, a consciência da necessidade de superação da estreiteza normativa resultante do legalismo construído no século XIX e nas primeiras décadas do século passado. Consolidou-se uma percepção no sentido de que somente uma estrutura valorativa incorporada às constituições poderia concretizar os Direitos Humanos e dotar as cartas políticas de uma efetiva força normativa (Konrad HESSE, 1991).

Esse amplo conjunto institucional, reconhecido pelo constitucionalismo europeu após a Segunda Grande Guerra, no contexto da Guerra Fria da bipolaridade EUA e URSS, é o que se denomina de legado constitucional pós-1945[2]. A sua mensagem foi tão forte, que várias outras sociedades ocidentais alinhadas o incorporaram, como, por exemplo, a brasileira - que adotou essa mesma agenda na formulação da Constituição Federal de 1988. (Peter HÄBERLE, 2000).

O debate dos Direitos Humanos, entretanto, enfrenta hoje, uma situação de “aporias” [3] e “paradoxos” [4], nas palavras de Vicente BARRETO (2002:499), no quadro de incertezas provocado por um mundo altamente globalizado e marcado sobretudo pelo risco, pelo terrorismo, pela violência urbana, pelo crescimento tecnológico e por uma multiplicidade de culturas[5] que têm apontado à idéia universalizante de Direitos Humanos o desafio complexo de sua implementação e mais ainda, de uma adequada justificação.

Assim, a tríade da Revolução Francesa de 1789, ao expressar os ideais revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, embora tenha por certo iluminado os caminhos de reflexão por longo tempo[6], hoje já enfrenta críticas em relação a sua suficiência como resposta às questões atuais[7].

Acresce-se a este problema a própria indefinição semântica do termo *Direitos Humanos*, como coloca Vicente BARRETO (2002:500-501):

O emprego da expressão ‘direitos humanos’ reflete essa abrangência e a conseqüente imprecisão conceitual com que tem sido utilizada. A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas em face da violência e da injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em conseqüência, a sua prática. Número significativo de autores tomaram a expressão ‘direitos humanos’ como sinônima de ‘direitos naturais’, sendo que os primeiros seriam a versão moderna desses últimos; ainda outros empregavam a expressão como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que ‘novos direitos sejam consagrados no futuro’. Alguns, também, referiram-se à idéia dos direitos humanos como sendo normas gerais, relativas à prática jurídica, que se expressariam através dos princípios gerais do direito. Esses últimos seriam uma forma de ‘direito natural empírico’, que ultrapassa a normatividade estrita do positivismo dogmático, mas não se identificando com os direitos humanos expressam a vontade do constituinte, que não especifica em que consistem esses direitos e nem prescreve a natureza de suas prescrições; sob este ponto de vista, cabe ao intérprete, quando da aplicação da lei, dar conteúdo a essa categoria de direitos. Vemos, portanto, como o emprego abrangente das mesmas palavras contribuiu, certamente, para a imprecisão conceitual de uma mesma idéia dos fundamentos comuns para o seu diversificado uso.

Apesar de sua polissemia, as discussões - quer acadêmicas ou políticas - referentes aos Direitos Humanos, até mesmo para o senso comum, são sempre relevantes como ferramenta do mundo ocidental para a proteção às intempéries e mazelas humanas. Nas palavras de Carlos NINO (1989:1):

Esta importância dos direitos humanos está dada, como é evidente, pelo fato de que eles constituem uma ferramenta imprescindível para evitar um tipo de catástrofe que com frequência ameaça a vida humana. Sabemos, embora prefiramos não recordá-lo a todo o tempo, que nossa vida é permanentemente espreitada por infortúnios que podem aniquilar nossos planos mais firmes, nossas aspirações de maior alento, o objeto de nossos afetos mais profundos. Não é por ser óbvio que deixa de ser motivo de perplexidade o fato de que este caráter trágico da condição humana esteja dado pela fragilidade de nossa constituição biológica e pela instabilidade de nosso *habitat* ecológico, por obra de nós mesmos.

A inquietude atual do debate dos direitos humanos, em vez da estagnação, segue à análise de planos epistemológicos[8], visando à depuração do recorte dos objetos temáticos e retroalimentando sua dialética.

Esses planos epistemológicos estruturam-se em dois pontos. O primeiro refere-se a uma discussão se há ou não fundamentos filosóficos para os Direitos Humanos. Caso a resposta seja afirmativa, constitui-se o segundo plano onde se definirá qual é a natureza destas questões enunciadas.

2. A PERTINÊNCIA E POSSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A pertinência de um estudo sobre a fundamentação dos Direitos Humanos diz respeito a sua relevância e utilidade, materializando-se na busca de uma justificativa racional para as condutas humanas e na necessidade de conhecer a tradição do pensamento que sempre associou esta categoria de direitos a valores absolutos. Já a possibilidade de fundamentação relaciona-se com um caloroso debate filosófico sobre a objetividade dos valores e sua forma de apreensão pelo ser humano. E ambas as questões se encontram imbricadas vez que, em geral as negativas da pertinência se associam às negativas da dimensão objetiva dos valores, o que por sua vez implica na impossibilidade de uma dimensão axiológica objetiva dos Direitos Humanos.

Aqui, nesse trabalho, estas questões serão tratadas simultaneamente, vez que se prestam tão só a contextualizar o debate, a fim de melhor situar a originalidade da concepção de PERELMAN ao propor uma superação dessa dicotomia, chamando-a de fundamentação suficiente dos Direitos Humanos.

O panorama das discussões sobre os fundamentos dos Direitos Humanos tem um espectro muito amplo. Inspirando-se na sistematização oferecida por Antonio PEREZ LUÑO (1999:133), pode-se dizer que de um lado aportam-se teóricos[9] afirmando que para o estudo dos Direitos Humanos são apenas relevante os esforços voltados a sua implementação e aplicabilidade. Aqui se localizam os autores que consideram o debate sobre fundamentos inútil (concepções positivistas) ou sem conteúdo (concepções realistas), pois, através da constatação de que no decorrer histórico os desrespeitos aos Direitos Humanos são incessantes, o cerne do tema passaria de uma questão da busca por uma justificativa para a luta na concretização desses direitos. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (Norberto BOBBIO, 1992b:24). O relevante está na proteção efetiva e não na fundamentação que remete análises de abrangência e da complexidade da moralidade e da racionalidade. (Vicente BARRETO, 2002:508).

De outra parte, encontram-se os autores que justificam o esforço pela busca de razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos Direitos Humanos. Desta forma, o objetivo da fundamentação é abordar as elaborações conceituais que ensejam sua positivação. A questão apresenta-se sob uma dupla perspectiva: estabelece a racionalização dos Direitos Humanos[10] e define-se a possibilidade de sua identificação.

Estes autores são, de forma generalizada, alinhados em duas escolas: os jusnaturalistas[11] (ou absolutistas) e os éticos. Elas se inserem no âmbito das soluções teóricas que ocupam o espaço deixado pelas experiências históricas recentes, que relegavam a dimensão fundacional dos direitos ao nível da normatividade, demonstrando-se serem os sistemas jurídicos de per si deficientes no exercício do controle aos desrespeitos ao Homem. Para as escolas jusnaturalista e ética, há uma

continua reconstrução dos Direitos Humanos, sustentada por valores e princípios absolutos e universais. Eles crêem no esforço essencial de buscar uma fundamentação ético-filosófica.

Por outro lado, nesta empreitada classificatória de vertentes, podemos tratar do problema (pertinência e possibilidade de fundamentação) como um modelo binário conhecido por duas matrizes : subjetivista e objetivista. Tal proposta[12] é uma tentativa de conjugação das correntes de pensamentos assentadas em dois troncos distintos, em que há de um lado a ausência da fundamentação racional e do outro a sustentação dos fundamentos humanistas. Pretende-se simplesmente sistematizar nesse campo de estudo a classificação das teorias relativas aos fundamentos dos Direitos Humanos com seus meios de prova - demonstração e argumentação - refletidas na intemporalidade (caráter apriorístico, absoluto, pré-existente atemporal) ou temporalidade (caráter histórico, relativo, construído, mutável), respectivamente.

2.1. A MATRIZ SUBJETIVISTA[13]

Nesta vertente estão reunidas todas aquelas escolas que negam ser possível justificar os Direitos Humanos a partir de juízos de valores morais, pois estes são incomprováveis empiricamente, sendo fruto da subjetividade de quem os emite[14].

Expressando, então, convicções subjetivas, os Direitos Humanos, que se pretendam fundamentados em juízos com validade universal, ou seja, para todos aqueles pertencentes a espécie humana, nada mais são que *falácias*.

Sobre esta visão, interessante é o posicionamento de Norberto BOBBIO (1992b) ao alegar que a busca por um fundamento absoluto, ou seja, aquele que ninguém poderá escusar-se de aderir, é uma ilusão que hoje não é mais possível de sustentação. Para tanto o autor italiano apresenta quatro teses ou dificuldades impeditivas para um fundamento absoluto dos Direitos Humanos.

A primeira refere-se à vagueza da expressão Direitos Humanos. Quase todas as definições deste termo são tautológicas, não tratando de seu conteúdo. Porém, quando isso ocorre, acresce-se ao problema que “os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete” (Norberto BOBBIO, 1992b: 17).

A segunda liga-se à variabilidade histórica desta categoria de direitos. Nas palavras de Norberto BOBBIO (1992b: 18):

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como

propriedade *sacre et inviolable*, forma submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.

Ou seja, os Direitos do Homem são relativos conforme as épocas e desta forma não é possível atribuir-lhes fundamentos absolutos. A terceira dificuldade, apontada por Norberto BOBBIO, é a heterogeneidade dos Direitos Humanos, que se traduz na incompatibilidade das finalidades de diversos desses direitos.

Mas, na maioria dos casos, a escolha é duvidosa e exige ser motivada. Isso depende do fato de que tanto o direito que se afirma como o que é negado têm suas boas razões: na Itália, por exemplo, pede-se a abolição da censura prévia dos espetáculos cinematográficos; a escolha é simples se se puser num prato da balança a liberdade do artista e no outro o direito de alguns órgãos administrativos, habitualmente incompetentes e medíocres de sufocá-la; mas parece mais difícil se se contrapuser o direito de expressão do produtor do filme ao direito do público de ser escandalizado, ou chocado, ou excitado. A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro. (Norberto BOBBIO, 1992b: 20).

Finalmente, a quarta dificuldade para busca de um fundamento absoluto dos Direitos Humanos refere-se às antinomias geradas entre os direitos individuais (liberdades), que correspondem a um comportamento negativo dos outros indivíduos, e os direitos sociais (poderes), que se associam a uma obrigação positiva. O sentido da antinomia encontra-se na impossibilidade de desenvolverem-se simultaneamente estas duas classes de direitos fundamentais. Norberto BOBBIO (1992b:21-22) retrata da seguinte forma a questão:

Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos, trata-se de duas situações jurídicas tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda. Os dois principais argumentos para introduzir algumas liberdades entre os direitos fundamentais são: a) a irredutibilidade das crenças últimas; b) a crença de que, quanto mais livre for o indivíduo, tanto mais poderá ele progredir moralmente e promover também o progresso material da sociedade. Ora, desses dois argumentos, o primeiro é irrelevante para justificar a exigência de novos poderes, enquanto o segundo se revelou historicamente falso.

Conclui-se, por esta antinomia, que os direitos humanos não podem apresentar um fundamento absoluto irresistível; pelo contrário, as justificativas de uns impedem a de outros.

As escolas que se encontram situadas na matriz subjetivista estruturam seus raciocínios a partir da premissa de que os juízos de valor são escolhas subjetivas próprias a cada cultura e tempo. Ou seja, a diversidade e incertezas dos gêneros humanos e dos seus ordenamentos sociais específicos levam a crer que toda idéia imutável e universal do justo que viesse ou pretendesse fundamentar condutas é artificial. Desta forma seria impossível realizar-se a tarefa de fundamentar racionalmente os direitos humanos, inclusive como a própria ordem jurídica. É a concepção que informa todo o esforço metodológico do chamado juspositivismo ou positivismo jurídico. [15]

O positivismo jurídico é um conceito da filosofia do direito que abarca três perspectivas a sua compreensão. Ele pode ser apreendido como uma abordagem do fenômeno jurídico; uma teoria do direito ou uma ideologia sobre o direito.

A primeira refere-se ao estudo do direito como um fato social e não como um valor. “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural” (Norberto BOBBIO, 1995:131). Sendo assim, o cientista do direito deve estudá-lo, tal como os cientistas das Ciências Naturais, abstendo-se de formular juízos de valor. O direito busca, então, sua validade em critérios de sua estruturação formal e não de um conteúdo valorativo.

O segundo sentido comporta uma série de problemas[16] que vão da consideração do direito em função da coação, ou seja, conjunto de normas que valem por meio de força; passando por um problema de fontes de direito, o embate entre a lei e o costume; a reflexão acerca da teoria da norma jurídica, que formula o conceito de norma como um comando imperativo; caminhando por uma teoria do ordenamento jurídico, que não mais concebe a norma isoladamente, mas em um conjunto, completo e coerente, de normas jurídicas vigentes numa sociedade; até chegar a considerações relativas ao método da ciência jurídica como um problema de interpretação referente a toda a atividade do cientista do direito.

A terceira representa uma visão ideológica do positivismo. Aqui concebe-se a justiça como inerente às normas. As regras são justas pelo simples fato de provirem de um poder estatal criado para a manutenção da paz social.

Resumidamente, o positivismo jurídico pode ser conceituado como a corrente de pensamento do direito que agrupa esforços a criticar os juízos de valor, fundamentando os direitos pelo conhecimento científico, com características similares às ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, destituídas de avaloratividade, sendo rigoroso na exclusão axiológica. A passagem de Norberto BOBBIO (1995:135) é conclusiva:

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto

que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.

Conforme lidem com os valores éticos e jurídico-políticos, as escolas da matriz subjetivista podem, segundo Antonio PÉREZ LUÑO (1999), classificar-se em duas variantes: o relativismo e o emotivismo. O relativismo[17] agrupa os teóricos que acreditam não existir nenhum pressuposto racional ou empírico de justificação para decidir-se sobre valores. Todos, em princípio, são legítimos, pois nenhum deles encontra-se mais fundamentado racionalmente, nem é mais verdadeiro que os outros (valores).

Com os olhos voltados para a História do conhecimento, o relativismo comprova que a razão humana só pode alcançar valores relativos, sendo inútil a busca por se encontrar meios racionais de justificação das normas em valores absolutos, como o justo, o bom, o belo etc. O que resta então para o cientista é esvaziar as normas de conteúdo e buscar sua validade na estrutura, no procedimento, no imperativo como teste a universalização das escolhas subjetivas aos valores da norma. Gustav RADBRUCH (1999:3-4) traduz a dimensão do relativismo como:

A força obrigatória do direito positivo somente pode fundar-se precisamente no fato de que o direito justo não é nem reconhecível nem demonstrável. Porque um juízo sobre a verdade ou falsidade das diferentes convicções jurídicas é impossível, posto que, de outra parte, se se requer um direito único para todos os sujeitos de direito, o legislador se vê enfrentando a necessidade de cortar de um golpe o nó gordiano que a ciência não logra desatar.

A outra variante da matriz subjetivista é o chamado emotivismo[18]. Os teóricos desta vertente sustentam que os enunciados éticos, os juízos de valores, são sentimentos morais que carecem de significado racional. Os juízos de valores seriam simples expressões das emoções, atitudes biológicas-emocionais. Refletindo acerca desta variante acrescenta Antonio PÉREZ LUÑO (1999:135):

Ao dizer que uma ação é justa ou injusta – assinala Ayer- não estou elaborando um enunciado fático, nem tão pouco um enunciado sobre a minha própria atitude mental. Simplesmente expresse certos sentimentos morais.

Por derradeiro, deve-se dizer que a matriz subjetivista, quer relativista quer emotivista, afirma que os valores são um estado pessoal, e por isso, não podem existir absolutamente fora do sujeito valorizante. Assim sendo, a empreitada de fundamentação

racional dos Direitos Humanos, levando-se em consideração esta concepção, fica impossibilitada[19], eis que é descartada a possibilidade de estabelecer premissas racionais para justificá-los.

Resta apenas ao positivismo jurídico analisar as técnicas de formais de positividade, através das quais esses direitos ganham *status* normativo nos ordenamentos jurídicos dos distintos sistemas políticos[20].

Entretanto, se é bem verdade que essa teses podem ser em determinadas ocasiões “úteis para evidenciar a falta de rigor de algumas tentativas doutrinárias dirigidas para a fundamentação dos direitos humanos” (Pérez Luño, 1999:136), dificilmente podem contribuir para a sua justificação. E especificamente, no que diz respeito aos direitos humanos, essas visões subjetivistas, acabam por desembocar, conscientemente ou não, na defesa de posturas particularistas que entendem serem esses direitos filhos da história e da cultura, contingenciais e precários, sujeitos à própria evolução do sistema social, político e jurídico – o que pouco colabora para a defesa da universalização desses direitos[21].

2.2. A MATRIZ OBJETIVISTA

A matriz objetivista reúne as correntes de pensamento que pregam a existência de fundamentos, valores de per si, que existem universalmente, absoluta e objetivamente, ou seja, eles são um conhecimento *a priori*[22], que possuem validade independentemente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa.

Pode-se depreender do objetivismo duas teses basilares. A primeira refere-se à cisão existente, ou independência, entre os valores e os bens a que se dirigem. A segunda traduz-se por uma total separação dos valores em relação a todo sujeito.

Nessa matriz, a concepção mais popular é a que sustenta a possibilidade de uma fundamentação jusnaturalista. (Há outras também, como por exemplo, a fundamentação ética que, de forma breve, se identifica com os valores e exigências éticas que respaldam os direitos e que são o conteúdo dessa fundamentação, remetendo-se à idéia de dignidade humana. Porém, esta vertente não será objeto de maiores reflexões nesse trabalho, já que discutida em outra oportunidade - DUARTE 1999 e 2002).

Interessante quanto a este tema, sob a perspectiva jusnaturalista, observar os elementos caracterizadores do paradigma do Direito Natural elencados por Celso LAFER (1988:36):

(a) a idéia da *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou outra escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; (b) a idéia de *universalidade* destes princípios metatemporais, ‘*diffusa in omnes*’, nas palavras de Cícero; (c) e aos quais os homens tem acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção. Daí, (d) a idéia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, a ‘*vera lex*’ – ‘*ratio naturae congruens*’ -, por estar difundida entre todos, por ser ‘*constans*’ e ‘*sempiterna*’, ‘*vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*’. Essa qualificação promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral.

Como características principais dessa matriz apontam-se:

- a) valores como idéias essenciais;
- b) valores atemporais e ahistóricos;
- c) valores separados dos bens que encarnam;
- d) valores universais, imutáveis;
- e) os valores são conhecidos por uma razão e por intenção de sua evidência.

Quanto ao processo de apreensão dos valores por uma intuição de evidência, que traduz a chamada tese da ética material dos valores, interessante é a passagem de Antonio PÉREZ LUÑO (1999:138-9):

a) Os valores são essências ideais existentes per se com anterioridade e independência de qualquer experiência, que formam uma ‘ordem eterna’ integrada por uma série de princípios ‘absolutamente invariáveis’. Esta ordem ideal de valores se acha estruturada segundo relações apriorísticas de hierarquia, que configuram uma série de categorias ou classes valorativas que não podem ser modificadas pelos homens.

b) A ordem objetiva e hierárquica de valores não pode ser conhecida através da razão, senão apreendida pelo sentimento e intuição de sua evidência. Esta via eidética permite definir os valores “com o mesmo rigor e exatidão que se tem nos resultados da lógica e da matemática.”

c) A apreensão dos valores (...) não depende das aquisições da evolução natural do homem, como pretendem os antropólogos, mas bem da constituição ontológica de um espírito apenas, de um espírito que é privativo do homem. Por isso, as aparentes contradições ou flutuações dos valores na história são apenas variações da *Werterkenntnis* humana, ou seja, da consciência axiológica.

A projeção no universo do Direito dessa tese sugere uma percepção jusnaturalista, de tônica iluminista, do fenômeno jurídico. Na sua versão clássica, o jusnaturalismo reconhece existência de uma ordem universal de valores passíveis de apreensão racional, e que fornece respaldo teórico para uma percepção universal dos direitos humanos. Inclusive, concebidos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, constituindo-se como um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.

A fundamentação absoluta (jusnaturalismo tradicional, no dizer de FERNANDÉZ, 1984), já antecipada acima, é aquela baseada na crença dos Direitos Humanos como Direitos Naturais racionalmente alcançáveis. E o jusnaturalismo atual considera solucionado o problema da fundamentação dos Direitos Humanos pelo consenso de que esses direitos sejam naturais e justificados racionalmente.

Por outro lado, os integrantes do chamado jusnaturalismo deontológico (jusnaturalismo atenuado), apesar de considerarem os fundamentos dos Direitos Humanos no Direito Natural, não os trata como simples ordem individualizada do Direito Positivo, e sim como princípios suprapositivados de validade geral que encontram sua justificativa na natureza humana.

Para um maior aprofundamento das questões acerca do jusnaturalismo deontológico e os fundamentos dos Direitos Humanos interessante são as lições de Eusebio FERNÁNDEZ (1984:93-94) e Celso LAFER (1988:36). O Jusnaturalismo apresenta uma elaboração teórica que pode ser abordada sob dois sentidos: o ontológico e deontológico. A primeira aloca o Direito com o Direito Natural, é o ser do Direito, enquanto a segunda identifica o Jusnaturalismo a um escopo de valores absolutos, universais e imutáveis, transformando-se no dever-ser do Direito. Como ensina Celso LAFER (1988:36):

A primeira aceção abrange a segunda, pois neste caso o ser do Direito (ontologia) constitui-se como dever-ser do Direito Positivo (deontologia), na medida em que o dizer o Direito e o fazer a justiça são concebidos como atividades sinônimas. A segunda aceção, no entanto, não engloba a primeira. Com efeito ao se admitir a existência de valores universais e imutáveis não se nega a presença de outros fatores, como os sociais, políticos e econômicos, que influenciam a realidade jurídica.

Interessante observar também, que alguns integrantes desta concepção, como Antonio PÉREZ LUÑO (1999), acreditam em uma justificativa no Direito Natural baseada na sua historicidade e não em sua universalidade e imutabilidade – é o Direito Natural que acompanha e se adapta as mudanças sociais[23].

Finalmente, em relação às críticas que essa fundamentação absoluta sofre, pode-se dizer, grosso modo, que são as mesmas direcionadas ao Direito Natural[24].

A propósito, para Nicolas Maria Lopes CALERA (1981: 153-3):

Entre as distintas opções teóricas sobre sua fundamentação não cabe dúvidas de que historicamente o jusnaturalismo em suas distintas versões ocupa um lugar importante, talvez hoje superado [...] Os distintos catálogos de direitos humanos que se oferecem com uma fundamentação jusnaturalista, a ineficácia social que freqüentemente comporta a argumentação jusnaturalista e a variabilidade histórica sobre o que se entende a cada momento por direitos humanos fizeram com que a fundamentação jusnaturalista, que ademais ostentava umas pretensões de absolutismo definitivo incompatível com o pluralismo moderno, passasse cada vez mais a um segundo plano na atual teoria e praxes dos direitos humanos.

3. A FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE: UMA VISÃO ALTERNATIVA ÀS MATRIZES SUBJETIVISTA E OBJETIVISTA

As considerações acerca das matrizes subjetivista e objetivista ilustram o embate existente na Filosofia do Direito entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo, pois situam-se no quadro de critérios de distinção entre essas duas correntes de pensamento que inspirando-se na obra *O Positivismo Jurídico* de Norberto BOBBIO (1995:22-23), passa-se estabelecer:

1. A antítese universalidade/particularidade. O direito natural vale em todos os lugares, enquanto o positivo em específicos;
2. A antítese imutabilidade/mutabilidade. O direito positivo altera-se no tempo, enquanto o natural é imutável;
3. A antítese natureza/poder do povo. As fontes do direito positivo originam-se de um poder do homem;
4. A antítese razão/vontade. O direito positivo apreende-se por uma declaração de vontade alheia do legislador, enquanto o natural é cognoscível pelo exercício da razão;
5. A antítese conteúdo/forma. O direito natural regula os comportamentos como bons e maus, justos ou injustos por si mesmos, enquanto para o positivo o critério será: permitido ou proibido pelo ordenamento jurídico;
6. O último critério aduz a uma valoração das ações. O direito positivo pretende o que seja útil, enquanto o natural o que é bom.

Nesta incursão acerca dos fundamentos dos Direitos Humanos, vislumbra-se que este problema traduz velha discussão da Filosofia do Direito entre Direito Positivo e Direito Natural. Uma vez que se procura traçar as luzes que a Teoria da Argumentação lançou sobre as justificativas dos Direitos do Homem, torna-se essencial conhecer a compreensão de Chaïm PERELMAN sobre o assunto.

A dualidade Direito Positivo e Direito Natural é uma das mais famosas antíteses da Filosofia do Direito que distingue o respeito à lei ao respeito à justiça, “concebida de outro modo que é de conformidade à lei” (Chaïm PERELMAN 2002b:386), datada desde o século XIX .

Foi no espírito da supremacia do legislador trazido pela tese de Jean Jacques ROUSSEAU (1996:Livro IV) da vontade geral como justa que surge o Código de Napoleão de 1804, como o momento em que as leis separaram-se de fundamentos absolutos de justiça. Nas palavras de Chaïm PERELMAN (2002:388):

Foi nesse espírito que o Código de Napoleão pode substituir-se ao direito natural, pois era considerado um direito eminentemente justo. Não obstante, seu principal autor, Portalis, admitia que o legislador não podia prover a tudo, e, embora seja preciso seguir a lei quando é clara e aprofundar-lhe as disposições quando é obscura, é preciso consultar o uso ou a equidade se nos falta a lei. ‘ A equidade é a volta ao direito natural no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas’. Segundo Portalis, o juiz não tem de manifestar sua questão pessoal em questão de justiça: ele se pautará pela lei positiva cada vez que esta fornecer uma solução ao problema; deverá volta à lei natural quando, por uma outra razão a lei positiva se mostrar insuficiente. Mas nunca ele cogitou na hipótese de que ela pudesse ser injusta.

Esse fenômeno é conhecido pelo nome de positivismo jurídico que em poucas palavras retira qualquer enfoque do direito natural para a legalidade. Assim expressa Chaïm PERELMAN (2002b:389) esse posicionamento:

O positivismo descarta o direito natural como uma incursão indevida da idéia de justiça no funcionamento do direito, com o intuito de limitar o poder do legislador. Para o positivismo jurídico, a justiça conforme ao direito é a justiça tal como foi precisada pelo legislador.

Entretanto, o que se deve fazer quando a lei mostra-se insuficiente para solucionar os conflitos que lhe são apresentados?

A solução clássica que é estipulada pelo positivismo, em quase todos os ordenamentos jurídicos, foi aquela pensada pelo art. 4º do Código de Napoleão, que obriga ao juiz a julgar todos os conflitos que se lhe apresentem. Como este magistrado não pode julgar arbitrariamente, ele deverá recorrer ao Direito Natural. Sobre esse embaraço na solução das antinomias pelo positivismo, ensina Chaïm PERELMAN (2002b:389):

Ao examinar ‘os critérios para resolver as antinomias’, o positivista kelseniano que é o professor Norberto Bobbio é, porém, levado a concluir que, ‘apesar do sistema de regras que protege a obra do jurista do perigo da avaliação direta do que é justo e do que é injusto’, quando nos falta um critério para resolver o conflito dos critérios, ‘o critério dos critérios é o princípio supremo da justiça’. Mas, se se quer evitar que o recurso ‘ao princípio supremo da justiça’ não seja um recurso à arbitrariedade, cumprirá recusar admitir a inteira subjetividade do sentimento de justiça ou de equidade.

A realidade do Direito demonstra que cada vez mais a jurisprudência dos tribunais recorre em suas motivações ao Direito Natural, fruto do crescente papel atribuído ao Poder Judiciário na realização e aplicação de um direito mais democrático e eficaz. Segundo Chaïm PERELMAN esta constatação força considerar a antítese Direito Positivo/Direito Natural ultrapassada, pois não há como construir um verdadeiro consenso nos conflitos sociais pelo Direito, se os juristas não considerarem os elementos ideológicos típicos das relações humanas.

Acrescendo a posição de que não há mais porque se falar em Filosofia do Direito na dicotomia Direito Positivo/Direito Natural, apresenta-se Tércio Sampaio FERRAZ JR. (2001:167-168) alegando que esta discussão

trata, no universo da ciência jurídica atual, de uma dicotomia operacionalmente enfraquecida. (...) a *dicotomia*, como instrumento operacional, isto é, como técnica para descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força. Sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo.

Aponta ainda este filósofo do direito que uma das razões do enfraquecimento do embate Direito Positivo/Direito Natural está “na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas *postas* na Constituição, de algum modo ‘positivou-o’”. (Tércio Sampaio FERRAZ JR., 2001:168)

Adianta-se que esta observação perelmaniana de não ser mais pertinente, em uma perspectiva argumentativa, ao debate do direito, essa antítese, reflete-se em sua conclusão, quanto aos fundamentos dos Direitos Humanos, na construção de fundamentos suficientes, que se encontram no meio-termo consensual entre o ceticismo positivista e o absolutismo naturalista, como também ressalta a importância de um trabalho, que como este, busca uma nova forma de sistematização das teses acerca das justificativas dos Direitos do Homem.

A fundamentação suficiente é a justificativa para os Direitos Humanos que está inserida na racionalidade da epistemologia perelmaniana, que pretende ser um meio-termo entre ontologias emotivas e razões abstratas.

Esta tese tenta responder ao questionamento da possibilidade de fundamentar os direitos do homem. Na argumentação de Cláudia MONTEIRO (2003:26):

A racionalidade operada pela Epistemologia perelmaniana trilha uma terceira via entre, de um lado, as ontologias desprovidas da cobertura da razão e a exclusão promovida pelo cartesianismo e, de outro, a lógica Formal: a via do razoável. O objetivo de Perelman é estabelecer uma nova racionalidade que viabilize a argumentação racional.

A fundamentação dos Direitos Humanos Chaïm PERELMAN (2002b:393) situa entre incontestável/incontestado e contestável/contestado o obstáculo do conhecimento filosófico em seus procedimentos efetivos, requerendo um meio-termo. A busca do fundamento através do desacordo com a existência, a verdade, a realidade e a norma é indiscutível, mas tal desacordo precisa sustentar-se em um fundamento não definitivo ou em aberto as mudanças.

Que possam surgir dúvidas, desacordos, contestações sobre um ou outro desses pontos, e que convenha então dissipá-las ou descartá-las, disso ninguém discorda: ao refutar uma objeção, ao justificar uma regra, ao precisar-lhe o alcance, pode-se descartar uma dúvida, reduzir um desacordo, evitar uma contestação, que se apresentaram efetivamente, e esse procedimento pode fornecer um fundamento *suficiente* em determinada situação; mas sempre é possível que uma contestação, provisoriamente descartada, surja mais tarde, por outras razões que anteriormente. O que constitui um fundamento suficiente, em dado momento, pode não apresentar as características de um fundamento absoluto, que descartaria para sempre qualquer contestação a esse respeito. (grifos nossos)

Trabalha-se, então, com um fundamento que não seja absoluto, mas suficiente às mentes em seu contexto histórico-cultural. Ensina Chaïm PERELMAN (2002b:394):

Correspondendo a concepção clássica da prova, na qual tudo quanto é duvidoso deve ser demonstrado, pois o que é evidente não tem nenhuma necessidade de prova, a idéia clássica do fundamento é aquela de um fundamento evidente e absoluto. Na concepção empirista do conhecimento, apenas a sensação nos fornece esse fundamento indubitável. Daí resulta que as normas e os valores, que não são dados pela sensação, deveriam poder ser fundamentados em alguma realidade empírica. Mas, como não se pode deduzir do ser o dever-ser, as normas e os valores, privados de fundamento válido, não

seriam mais do que a expressão de emoções subjetivas ou de mandamentos que tiram seu prestígio da fonte que os impõe e os sanciona.

No decorrer histórico entre o contestado e o incontestado, ou seja, na busca por fundamentos, as tendências apresentaram-se da seguinte forma: ou abordavam uma postura de ceticismo metodológico científico das diversas correntes do positivismo, ou abraçavam o absolutismo de valores imutáveis e *a priori* de correntes jusnaturalistas.

A crítica do fundamento suficiente estabelecida ao juspositivismo sublinhou-se na constatação de seu modelo matemático como impossibilitado em sistematizar em teoremas a ambigüidade temporal do fundamento ético-jurídico, como também de tratar-se de campos de natureza distintas.

Quanto a sua crítica a visão moral dos fundamentos:

De fato, os diferentes princípios de moral não são contestados por homens que pertencem a meios de cultura diferentes, mas são interpretados de formas diversas, jamais sendo definitivas essas tentativas de interpretação. A discussão, no que toca à moral, difere completamente da demonstração formal, pois ela é constante correlação de experiências particulares com conceitos de conteúdo parcialmente indeterminado, em constante interação. Chaïm PERELMAN e Lucie TYTECA (2002b:398)

A Filosofia Moral baseia-se em um exercício permanente de aprimoramento da conduta, sendo dialetizada pelas reações de nossa consciência, não podendo estar sistematizada em axiomas e deduções absolutas.

Na fundamentação dos Direitos Humanos, Chaïm PERELMAN e Lucie TYTECA (2002b: 398-399) apresentam uma solução meio-termo, nem evidente nem arbitrária, mas construída por uma argumentação razoável e entreaberta justificada na adesão consensual de um auditório universal.

Ao contrário: as soluções contingentes e manifestamente perfectíveis apresentadas pelos filósofos só poderiam pretender-se razoáveis na medida em que são submetidas à aprovação do auditório universal, constituído pelo conjunto dos homens normais e competentes para julgá-las. Com efeito, o *razoável* não remete a uma razão definida como reflexo ou iluminação de uma razão divina, invariável e perfeita, mas a uma situação puramente humana, à adesão presumida de todos aqueles que consideramos interlocutores válidos no que tange às questões debatidas. (...) O recurso ao razoável para fundamentar os Direitos Humanos, permitindo precisar e hierarquizar esses direitos consoante a contribuição deles para o progresso de uma racionalidade concreta, fornece uma ilustração de minha tese geral.

Finalmente, acredita-se que a devida interpretação da temporalidade pela fundamentação suficiente revela-se como uma das possíveis razões para que ela seja o entre lugar das matrizes acerca das justificativas dos Direitos Humanos. Essa tese, ao aceitar as mudanças da história, não nega a possibilidade da existência de fundamentos, por insustentáveis no tempo (principal alegação positivista). Pelo contrário, articula que as mudanças contextuais obrigam a sociedade a permanentemente a construir fundamentos “suficientes” a seu tempo e lugar.

A noção de Direitos do Homem, segundo a visão perelmaniana, implica o escopo de direitos atribuíveis a qualidade de ser humano, proclamando que o homem possui uma dignidade própria que a ordem jurídica deve proteger e promover.

Essa dignidade que é “a concepção jurídica dos Direitos Humanos” (Chaïm PERELMAN, 2002b:400) vai impor ao sistema jurídico, e a todos os seres humanos a necessidade de seu respeito.

Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda a autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos Direitos Humanos, que ultrapasse o estágio moral ou religioso, é, pois, correlativa de um Estado de direito. (Chaïm PERELMAN, 2002: 401).

Para Chaïm PERELMAN, atualmente, a dignidade humana é um princípio geral de direito de todos os povos considerados civilizados. Entretanto, ela comporta uma noção abstrata e vaga de difícil aplicação em concreto.

Na visão de Chaïm PERELMAN o problema da vagueza das normas de Direitos Humanos traduz-se em uma questão de distribuição “de forma variável os poderes do Legislativo e do Judiciário” (Chaïm PERELMAN, 2002b:402). Quanto mais vagos forem os textos legais maiores são as possibilidades de interpretação do juiz para a solução dos conflitos.

Esta é a realidade das declarações de Direitos Humanos. Na aplicação dos Direitos do Homem Chaïm PERELMAN defende que ela só pode ser confiada a um tribunal que detém confiança dos que para ele se dirigem.

Daí o caráter essencial ao lado de diversas declarações universais que só podem ter uma importância programática, de pactos regionais que não só proclamam os direitos que devem ser respeitados, mas, estabelecem, ademais, cortes de justiça cujos juizes, disso se terá certeza, aplicam uma ideologia relativamente uniforme, comum ao estados signatários de tal pacto. (Chaïm PERELMAN, 2002b:402).

O autor impõe dentro desta problemática da salvaguarda dos Direitos Humanos que só poderá haver um respeito efetivo quando instituições, procedimentos e os homens, inspirados pelas mesmas tradições culturais, envolvam-se na luta de protegê-los.

Não existe na temática dos Direitos Humanos um critério objetivo que autorize seja estabelecida uma distinção entre os direitos de uns e de outros. Mesmo a clássica separação entre os direitos das liberdades e os direitos sociais é uma distinção de grau. Tal constatação implica seja equipado o Estado com instrumentos para torná-lo guardião destes direitos. Porém, ao se aumentar o poder do Estado corre-se o risco de que se cresçam os abusos.

O único remédio contra o perigo que disso resulta para a liberdade é uma descentralização crescente. Se a doutrina da separação ou do equilíbrio dos poderes apresentou uma primeira tentativa de luta contra o absolutismo monárquico, muito mais limitado do que o poder do Estado moderno, apenas técnicas variadas de descentralização do poder permitirão evitar os abusos de um Estado tentacular. (Chaïm PERELMAN, 2002b:404).

Neste enfoque é importante, segundo Chaïm PERELMAN, zelar por um Judiciário independente que impede os abusos do poder através de uma interpretação acerca da igualdade. É o respeito a este princípio que realizaria o exercício da liberdade não arbitrária pelo poder público.

Para que haja o verdadeiro direito democrático há necessidade que ele seja estabelecido pelo consenso suficiente conseguido numa comunidade suficientemente homogênea onde os pontos de vistas morais e culturais substituem a imposição pela força.

É por esta razão que um sistema de direito positivo, que protege os direitos do homem no plano internacional, se imporá primeiramente no plano regional entre parceiros que estão de acordo sobre o essencial nessa área. Essa visão das coisas conduz, na melhor das hipóteses, a uma descentralização entre unidades de maior ou menor homogeneidade, acompanhada, num âmbito federal de um pluralismo e de uma tolerância mútua entre sistemas políticos com ideologia diferente. É essa a conclusão que se impõe na construção de um sistema de direito internacional legítimo, ou seja, que fundamentaria sua autoridade em algo diferente da força. (Chaïm PERELMAN, 2002b:405).

A salvaguarda dos direitos será assim fruto de um longo processo educativo para o consenso em valores comuns arraigados em uma ideologia de proteção dos Direitos Humanos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a proposta de sistematização pretendida neste estudo, podem-se formular algumas considerações como forma de síntese do debate ora retratado.

1. Os direitos humanos são tema de relevância inquestionável para a compreensão da inserção do homem na sociedade política em que vive, abrindo-se para uma reflexão ética.

2. A questão da possibilidade de fundamentação dos direitos humanos (justificação racional) remete-se a uma discussão filosófica sobre a apreensão racional dos valores (subjetivismo X objetivismo).

3. O debate é conduzido por algumas percepções, que vão desde aqueles que negam essa possibilidade teórica ou mesmo sua utilidade até aqueles que constroem estruturas argumentativas para tanto.

4. As perspectivas que defendem a impossibilidade dessa empreitada são consideradas realistas (quando deslocam o problema para a questão da efetividade dos direitos humanos, por entender que o problema da fundamentação já se encontra solucionado) ou positivista (quando o problema da fundamentação é inútil por ser insolúvel). As teses positivistas, em especial, evidenciam um traço de subjetivismo axiológico.

5. As perspectivas que acreditam no sucesso da empreitada são agrupadas em uma matriz objetivista, na qual se chama a atenção para fundamentação jusnaturalista.

6. A fundamentação jusnaturalista se identifica com os pressupostos do Direito Natural, reconhecendo a existência de uma ordem prévia de valores naturais, inerentes à condição humana.

7. A questão da justificação racional dos direitos humanos ainda se encontra aberta, não se podendo dizer que há uma uniformidade de pensamento nesse particular, nem perspectivas de consenso. Ao contrário o debate de encontra marcado de sutilezas e construções teóricas diferenciadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____. *Sobre a Revolução*. Lisboa: Relógio D'água, 2001.

_____. *As origens do totalitarismo*. trad. Roberto Raposo. 2.ed. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERGEL, Jean- Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992a.

_____. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992b.

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale. Gaetano Lo Mônaco. João Ferreira. Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Renzo Dini. 10.ed. vol. 1 e 2. Brasília: Editora UnB, 1997.

BORDA, Luis Villar. Introducción. In RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. trad. Luis Villar Borda. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

CALERA, Nicolás Maria López. *Introducción al estudio del derecho*. Granada: Dom Quixote, 1981.

DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.88, dezembro de 2003, pp. 21-45.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (orgs.). *Teoria da mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUARTE, Fernanda. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DUARTE, Fernanda ou SILVA, Fernanda Duarte L.L. Os direitos humanos como direitos morais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*. Porto Alegre, (1):29-48. 1999.

FERNÁNDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998. _____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. trad. Emilio Mikunda- Franco. Madrid: Tecnos, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução do Direito”. In *Studia Kantiana – Revista da Sociedade Kant Brasileira*, vol. 1, nº1 , p.204,1988.

_____. *Justiça Política – Fundamentos de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *IMMANUEL KANT*. trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, BA36.

_____. *Crítica da razão prática*. trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1994, A51.

_____. Para a Paz Perpétua. In GUINSBURG, J. (org). *A Paz perpétua: um projeto para hoje*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Crítica da Razão Pura*. trad. J. Rodrigues de Mereje. 9. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998c.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. trad. Beatriz Vianna Bocina e Nelson Bocina. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt / Celso Lafer*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

_____. *Sobre los Derechos Morales*. Doxa 1 (7), 1990.

_____. *Introducción al Análisis de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.

OPPENHEIM, Felix. *Ética y filosofía política*. México: FCE, 1976.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Retóricas*. trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

_____. *Lógica Jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *The Realm of Rhetoric*. trad. William Kluback. Introduction: Carrol C. Arnold. Notre Dame, Indiana- USA: University of Notre Dame Press, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (coord.) *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PRADO JR, Bento. PEREIRA, Oswaldo Porchat. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Filosofia e a Visão Comum do Mundo*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. trad. Luis Villar Borda. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

RANGEL, Paulo de Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)*. Disponível em: <www.ao.pt/genericos/detalheArtigo.asp>. Acesso em 22 de novembro de 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROBESPIERRE, Maximilien de. *Discursos relatórios convenção*. Trad. Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSS, Alf. *On law and justice*. London: Stevens & Sons, 1958.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Gregorio Peces-Barba. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

[1] A ruptura causada no discurso dos Direitos Humanos pela concepção etnocêntrica de raça superior e no plano jurídico pela suspensão das cidadanias, como elementos causadores dos genocídios pelos Estados totalitários Nazi-fascista e Stalinista, ressaltam-se os trabalhos de Hannah ARENDT (1979:469) e de Celso LAFER (1988:77).

[2] Sobre o legado do constitucionalismo pós-1945 cf. Gustavo ZAGREBELSKY(1995) e Peter HÄBERLE (1998).

[3] Sobre a definição de aporias cf. Hilton JAPIASSÚ e Danilo MARCONDES (1996:14): “Dificuldade resultante da igualdade de raciocínios contrários, colocando o espírito na incerteza e no impasse quanto à ação a empreender”.

[4] Explica Vicente BARRETO (2002:499) qual é esse panorama paradoxal dos Direitos Humanos na atualidade: “Os direitos humanos encontram-se nesse final de século em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade; de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos. Os próprios governos autoritários, contribuem para a idealização dos direitos humanos, pois se preocupam mesmo em declarar a sua fidelidade a esses direitos, ainda que, cuidadosamente, defendam interpretações particulares sobre a abrangência dos direitos humanos.”

[5] Paulo RANGEL (2003:1-3) situa as sociedades contemporâneas, principalmente as ocidentais, como fruto da globalização e da medievalização do poder. Esse novo quadro político mundial marca “a nova coisa política (...) pela pluralidade, heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, com um nítido e acentuado enfraquecimento — uma relativização — dos poderes estaduais (aquilo a que, por vezes, se tem chamado, tant bien que mal, a ‘medievalização do poder’). Sobre o enfraquecimento do poder estatal: “Essa diferenciação de forças políticas e o tecido resultante da sua imbricação recordam inapelavelmente o mundo político medieval, a sua estrutural diversidade e a sua condição radicalmente interdependente”. Sobre multiculturalismo cf. DENNINGER (2003:32): “O pluralismo de opiniões, organizações e partidos, na mídia, para a composição de vários órgãos que exercitam a supervisão de funções, desde há muito parecia constituir uma condição tanto necessária quanto suficiente para gerar resultados

normativos cuja realização pudesse ser aceita como bem comum. (...) Mas, no contexto de novas demandas de diversidade, não mais direcionadas à síntese de um (todo) universal, e sim, ao invés, à possibilidade de coexistência de uma multiplicidade de particularidades freqüentemente incompatíveis, essas pressuposições não mais obtêm efetividade, ou, no mínimo, esta se encontra profundamente minada.”

[6] A título de ilustração histórica, para que não se tenha a impressão de que tais paradigmas revolucionários tenham sido indiscutíveis desde sua origem – encontrando só agora a necessidade de uma revisitação teórica –, vale a referência à forte crítica perpetrada por ROBESPIERRE (1999: 88-89), ainda por ocasião dos trabalhos de sistematização teórica dos ideais revolucionários. A contradita dirige-se particularmente aos termos em que, na Declaração dos Direitos do Homem, o tema da liberdade viu-se tratado vis-à-vis o tema da propriedade: “... Ao definir a liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissestes com razão que os limites dela eram os direitos de outrem; porque não aplicastes esse princípio à propriedade, que é uma instituição social? Como se as leis eternas da natureza fossem menos invioláveis que as convenções dos homens. Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade, e não dissestes uma única palavra para determinar o caráter legítimo desse exercício; de maneira que vossa declaração parece feita não para os homens mas para os ricos, para os monopolizadores, para os agiotas e para os tiranos.”

[7] Sobre a insuficiência dessa tríade, cf DENNINGER (2003).

[8] Sobre as perspectivas epistemológicas em Direitos Humanos cf. BARRETO (2002:506): “Nesse contexto, é que se torna imperativo distinguir na análise dos direitos humanos dois níveis epistemológicos correlatos: no primeiro nível, examina-se a questão de sua fundamentação – questão esta, como fizemos referência acima, que foi relegada a segundo plano; no segundo nível, examinam-se os mecanismos da garantia e prática dos direitos humanos, tema que ocupa de forma crescente a atenção do pensamento jurídico e social contemporâneo. No que se refere à questão da *fundamentação*, a influência positivista na teoria do direito aprisionou a temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise da sua fundamentação fosse considerada uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.”

[9] Como ilustração do discurso adotado pelos teóricos alocados nesta categoria sobre o debate dos fundamentos dos Direitos Humanos interessante é a passagem de Nicola MATTEUCCI (1997:355): “A atualidade é demonstrada pelo fato de hoje se lutar, em todo o mundo, de uma forma diversa pelos direitos civis, pelos direitos políticos e pelos direitos sociais: faturalmente, eles podem não coexistir, mas, em vias de princípio, são três espécies de direitos, que para serem verdadeiramente garantidos devem existir solidários. Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir também da sociedade de massa, com seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização. É significativo tudo isso, na medida em que a tendência do século passado parecia dominada pela luta em prol dos direitos sociais, e agora se assiste a uma inversão de tendências e se retoma a batalha pelos direitos civis.”

[10] Refere-se aqui à discussão travada entre positivistas/realistas e jusnaturalistas/éticos.

[11] Importante ressaltar desde já que o presente trabalho não ignora as diversas vertentes, com peculiaridades próprias, que a Filosofia do Direito sistematiza como jusnaturalista. Entretanto, optou-se por se trabalhar aqui com a tese do paradigma do Direito Natural adotada por Celso LAFER (1988:36) com base em Thomas KUHN (1975) para explicar a possibilidade de uma ciência normal da existência de um certo consenso entre os integrantes da comunidade dos cientistas. Ou seja, adotar-se-á uma conceituação que capta o núcleo comum das diversas vertentes que possibilita denominá-las jusnaturalista.

[12] Cf Fernanda DUARTE (2002).

[13] Antonio PÉREZ LUÑO (1999) informa que ela é conhecida pelo nome de não-cognitivistas.

[14] Nesse sentido, Felix OPPENHEIM (1976:37) bem soube extrair a síntese não-cognitivista, ao resumir essa percepção da realidade, na seguinte expressão, “os princípios éticos básicos não têm um *status* cognoscitivo; não podem ser *conhecidos* como falsos nem como verdadeiros, por que não são falsos, nem verdadeiros, já que não afirmam, nem negam algo que venha a caso.” “Daí, tem-se que os valores éticos, jurídicos e políticos não podem pretender uma validade geral, objetiva ou intersubjetiva, já que se limitam a expressar convicções pessoais.” (PÉREZ LUÑO ,1999:134) Logo, “se qualquer princípio ético básico é questão de compromisso subjetivo, então os princípios éticos básicos sobre as regras jurídicas que devem ser decretadas e obedecidas tão pouco tem *status* cognoscitivo.” (OPPENHEIM , 1976: 68)

[15] Interessante a passagem de Jean BERGEL (2001:15-16) referente a um conceito sobre juspositivismo visto que ilustrativa das questões apontadas no texto: “O positivismo jurídico consiste em reconhecer valor unicamente às regras vigentes em dada época e em dado Estado, sem se preocupar em saber se é justo ou não. O Direito mostra-se então uma disciplina autônoma que se identifica com a vontade do Estado do qual é a expressão. Não poderia, portanto, haver conflito entre direito e o Estado que é sua fonte única e cuja evolução ou cujas mutações acarretam variações correspondentes do direito. O direito se reduz a um fenômeno estatal e amiúde à arbitrariedade do poder ou à política da força. Essas doutrinas tiveram em geral como origem as incertezas geradas pela diversidade dos direitos positivos e pela impressão de que toda idéia imutável e universal do justo é, em conseqüência, artificial.”

[16] Para um maior aprofundamento destes problemas interessante observar as considerações de Norberto BOBBIO (1995:Parte II).

[17] Esta é a variante em que se enquadra Hans KELSEN, e que através de suas duas passagens a seguir podem-se aprender quais são as principais considerações acerca do relativismo no direito: “Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode

ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos. (1998a:23). Já na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1998b:9): “A felicidade que uma ordem social é capaz de assegurar pode ser felicidade apenas no sentido coletivo, ou seja, a satisfação de certas necessidades, reconhecidas pela autoridade social, pelo legislador, como necessidades dignas de serem satisfeitas, tais como as necessidades de alimentação, vestuário e moradia. Mas quais são as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas e, em especial, em que ordem de importância? Essas questões não podem ser respondidas por meio da cognição racional. A resposta a elas é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo.”

[18] Sobre o emotivismo, cf. Alf ROSS (1958).

[19] “É evidente, em qualquer caso, que a partir dos pressupostos não-cognitivistas, desde os quais o positivismo enfoca o problema dos valores éticos, jurídicos e políticos, resulta impossível fundamentar os direitos humanos.” (PÉREZ LUÑO, 1999:136)

[20] Fábio Konder COMPARATO (2000:54) formula severas críticas à recusa do positivismo em reconhecer uma fundamentação superior aos direitos humanos. “A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX, cruamente demonstraram, é sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o Direito, sem recair em mera tautologia. O fundamento ou princípio de algo existe sempre fora dele, como sua causa transcendente, não podendo pois nunca, sob o aspecto lógico e ontológico, ser confundido com um de seus elementos componentes. Assim, o fundamento do poder constituinte, ou a legitimidade da criação de um novo Estado, sobretudo após uma revolução vitoriosa, não se encontram em si mesmos, mas numa causa que os transcende. Analogamente, na ausência de uma razão justificativa exterior e superior ao sistema jurídico, um regime de terror, imposto por autoridades estatais investidas segundo as regras constitucionais vigentes, e que exercem seus poderes dentro da esfera formal de sua competência, não encontra outra razão justificativa ética, senão a sua própria subsistência. Ora, é justamente aí que se põe, de forma aguda, a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que essa se baseie numa Constituição. A importância dos direitos humanos é tanto maior, quanto mais louco ou celerado o Estado. Tudo isto significa, a rigor, que a afirmação de autênticos direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do Direito. O positivismo contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do Direito”

[21] As reflexões de Alves (1998:17), ao tratar da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, evidenciam o risco do particularismo exacerbado: “Embora a maior parte das rejeições categóricas à Declaração Universal dos Direitos Humanos nos dias de hoje ainda parta de líderes políticos nacionais – em contradição com o texto da Declaração de Viena por eles próprios subscrita em 1993 – como o claro objetivo de justificar

violações deliberadas em ações governamentais, o anti-universalismo vigente no pensamento social contemporâneo também põe, muitas vezes, em questão a validade desse documento. E o faz com objetivos alegadamente emancipatórios, consciente ou inconsciente de que o particularismo 'de esquerda' acaba fortalecendo a brutalidade antidemocrática da direita mais reacionária. Radicalizações desse tipo de atitude supostamente libertária podem ser vistos seja entre etnólogos ocidentais demasiado apaixonados pelas culturas não-européias estudadas, seja entre ativistas sociais 'de base', que rejeitam o Estado nacional pelos malefícios provocados junto a populações 'colonizadas' em nome da cidadania moderna, seja entre militantes maximalistas de movimentos identitários que, na busca de aperfeiçoamentos legítimos para a Declaração de 1948, naturalmente imperfeita, involuntariamente abrem o caminho para sua destruição."

[22] Quanto ao conhecimento *a priori* Immanuel KANT (1998:23) ensina: "(...) quando uma rigorosa universalidade é essencial em um juízo, esta universalidade indica uma fonte especial de **conhecimento 'a priori'**. A necessidade e a precisa universalidade são os caracteres evidentes de um **conhecimento 'a priori'**, e estão indissolivelmente unidos. Mas como na prática é mais fácil mostrar a limitação empírica de um conhecimento do que a contingência nos juízos, e como também é mais evidente a universalidade ilimitada do que a necessidade absoluta, convém servir-se separadamente desses dois critérios, pois cada um é por si mesmo infalível." (grifos nossos).

[23] Como esclarece FERNANDÉZ (1984: 95) "[...] é indiscutível que os direitos humanos sejam direitos naturais e que sua existência consista na realidade do Direito Natural, [...] os direitos humanos assim formulados podem ser considerados direitos naturais, porém em função da natureza histórica do homem , e que o sistema jusnaturalista que responde a essa formulação está marcado de historicidade e, por isso mesmo, não parece adequado lhe atribuir uma universalidade que não corresponde à variedade de situações humano-sociais que se dão no mesmo momento da história".

[24] Para uma abordagem mais pormenorizada, ver FERNANDÉZ (1984: 95-100).