

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS

MESTRADO EM DIREITO – PPGD/PUCRS

HÁ UM FUNDAMENTO PARA OS  
DIREITOS HUMANOS OU COMO FUNDAMENTAR OS DIREITOS  
HUMANOS E QUE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAR

MARGA INGE BARTH TESSLER

Mestranda

Professor Dr. Luis Fernando Barzotto

Porto Alegre, novembro de 2002.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	03
1 ASPECTOS QUE PREJUDICAM A TAREFA DE FUNDAMENTAÇÃO.....	06
1.1 A tendência “inflacionária” dos direitos humanos, ou a “trivialização” dos direitos humanos, ou dos direitos insaciáveis .....	06
1.2 A tendência de utilizar os direitos humanos como instrumento ideológico, como instrumento demagógico .....	07
1.3 A despreocupação pela busca de fundamentos últimos, absolutos .....	07
2 A NOÇÃO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS .....	09
3 O SIGNIFICADO .....	10
3.1 O que se pretende dizer, ao referir-mos “Direitos humanos”, a noção objeto da fundamentação .....	10
3.2 Um resumo das diversas teorias .....	11
3.3 Catálogo das posições imanentistas .....	12
3.4 Doutrinas individualistas .....	12
3.5 Doutrinas utilitaristas .....	14
3.6 Doutrinas consensualistas ou contratualistas .....	15
3.7 Doutrinas historicistas .....	15
3.8 Doutrinas procedimentalistas .....	15
3.9 Doutrinas objetivistas .....	16
3.10 Fundamentação realista dos direitos humanos .....	18
3.11 Fundamentação própria sobre a questão dos direitos humanos .....	20
3.12 Como fundamentar os direitos humanos .....	21
3.13 Como fundamentar os direitos humanos: fundamentos jurídicos .....	22
3.14 Como fundamentar os direitos humanos e que direitos fundamentar .....	22
3.15 O equilíbrio e a justa medida .....	23
CONCLUSÃO .....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	25

## INTRODUÇÃO

A preocupação com a dignidade humana e o tema dos direitos humanos não é uma questão nova. O valor da pessoa humana enquanto conquista histórica-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. Registra a história que o homem desde sempre se preocupou com o sentido de sua vida, embora nem sempre tenha respondido com acerto às perguntas sobre sua dignidade.

Atualmente, a temática encontra-se em grande evidência, está disseminada pelas pautas internacionais e há um novo interesse pelo tema e crescente utilização demagógica e paradoxalmente com o “tudo é possível” registram-se retrocessos em posições que se imaginavam consolidadas no sentido de reconhecer um amplo leque de garantias em homenagem à dignidade humana.<sup>1</sup> Este trabalho discorrerá sobre as principais correntes que estabelecem e estruturam fundamentos para os Direitos Humanos e procurará aproximar-se da linha de pensamento mais afinada com a visão própria sobre o tema, recolhendo, desde já,

---

<sup>1</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo : Companhia das Letras. Salienta que no mundo contemporâneo multiplicam-se as situações em que o homem se torna supérfluo, sem lugar no mundo, o homem está em derruição.

como própria aquela de Julián Mariás:<sup>2</sup> “como não tem em mãos aquilo que necessita para viver, o homem só pode viver de crédito; por isso – mas não exclusivamente por isso –, o homem é sempre necessitado e indigente. A forma primordial desse crédito de que vive o homem é literalmente, o que é *creditum* ou crido: as crenças. Mediante o crédito possuo o que na realidade não possuo agora, mas necessito agora para viver (...)” As crenças, a visão de mundo conformam e performam a idéia que tenho sobre o que sejam ‘direitos humanos.

O presente estudo não se deterá nos marcos historicamente relevantes para a construção do conceito de direitos humanos e a sua trajetória até o final do século XX, não tem a pretensão de esgotar a matéria, mas servirá certamente para um melhor prestação jurisdicional na medida em que está em andamento reforma que pretende federalizar os crimes contra os direitos humanos, já que é a União Federal quem responde por eles na esfera internacional.<sup>3</sup>

O caminho para a valorização da vida do homem e de sua dignidade não foi de fácil percurso. A pólis grega já oferece alguns pontos de referência, embora não tivessem os gregos presente a idéia de direitos subjetivos, vemos que Platão entendia só serem obrigatórias as leis que resultassem da razão e Aristóteles afirmava que o justo político se realiza entre cidadãos, a justiça implica alteridade. O dramaturgo Sófocles, através da personagem Antígona, lembra de “uma lei superior, não escrita e imutável” para se defender das leis humanas, a-

---

<sup>2</sup> MARIÁS, Julián. *Introdução à Filosofia*. Trad. Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo : Duas Cidades.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Estudios de Teoría Política. Barcelona : Paidós. Habermas, comentando a idéia kantiana de paz perpétua, refere que o ponto fraco na proteção dos direitos humanos no nível internacional é a falta de um poder executivo para proporcionar respeito.

quelas leis que “não são de hoje nem são de ontem, mas que vivem em todos os tempos e ninguém sabe quando apareceram”. É justamente este sentimento de que há esta lei superior, não escrita e imutável, que se buscará fundamentar.

É verdade que a tarefa não é fácil, e se afigura até impossível, na medida em que o grande jurista Bobbio, na “Era dos Direitos”, desiste de justificar os direitos humanos, dizendo que melhor seria assegurá-los.<sup>4</sup> MacIntyre<sup>5</sup> destaca o caráter interminável da discordância, e o fato de que não procuram chegar ao fim, mas a verdade seria simples “estes direitos não existem e acreditar neles é como acreditar em bruxas e unicórnios”.

Após repassar as principais teorias sobre a justificação dos direitos humanos, o trabalho concluirá comentando alguns precedentes jurisprudenciais pátrios<sup>6</sup> que, de alguma forma, realizam uma aplicação prática da matéria. Finalmente, como demonstração do aproveitamento dos conhecimentos obtidos pela freqüência às aulas e leituras, em anexo, será encaminhada cópia de “texto-base” para reunião de estudos.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus. Argumenta que os direitos humanos frequentemente são colidentes, pouco definidos e variáveis historicamente, conclui por dizer que “não existem direitos fundamentais por sua própria natureza. Para o autor, não há relação linear entre fundamentação e proteção”.

<sup>5</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru : EDUSC.

<sup>6</sup> (Extradição 272-4, HC 44.074-DF, Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência, STF 43, p. 171-172, 209, 210, 215, 216 e 217, jan. 1968). Extradição Franz Stangl. Acusação de genocídio. Crime contra os Direitos Humanos. O grande jurista Sobral Pinto utilizou a lei de proteção aos animais para fundamentar o *habeas corpus* em favor de Luís Carlos Prestes!

<sup>7</sup> SFH, antigas e novas controvérsias. Direito à moradia. Rio + 10, Desenvolvimento sustentável.

## 1 ASPECTOS QUE PREJUDICAM A TAREFA DE FUNDAMENTAÇÃO

### 1.1 A tendência “inflacionária” dos direitos humanos, ou a “trivialização” dos direitos humanos, ou dos direitos insaciáveis

É na obra de Carlos Ignacio Massini Correas<sup>8</sup> que se encontra uma ampla abordagem do fenômeno da dispersão de idéias, da tendência inflacionária da contemporaneidade acerca do que afinal são os direitos humanos, destacando o autor a tendência crescente de incrementar o número e qualidade dos direitos que se considera necessário satisfazer, concluindo que tudo isso leva à degradação da idéia, pois a força de querer significar tudo acaba por não significar nada. Na mesma linha e lição do Professor Tércio Ferraz, quando o mestre aborda a trivialização dos direitos humanos, criticando também essa tendência. Anna Pintore, em “Derechos Insaciables”<sup>9</sup>, critica a idéia corrente de converter os direitos humanos em um instrumento insaciável, “devorador da democracia, do espaço político e da própria autonomia moral da qual derivam”, reportando-se aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli.

### 1.2 A tendência de utilizar os direitos humanos como instrumento ide-

---

<sup>8</sup> CORREAS, Carlos Ignacio Massini. *Filosofia del Derecho*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot.

### **ológico, como instrumento demagógico**

Outro aspecto a dificultar a fundamentação é a inclinação a tematizá-los em estreita relação com algum compromisso político particular. O cidadão assiste atônito à defesa de posições contraditórias, servindo a qualquer causa, citando Massini Correias como exemplo a “verborragia partidista” que defende o direito ao aborto e ao mesmo tempo o direito dos animais à vida. Adverte que compromissos políticos apenas centrados sobre direitos humanos não promovem a coesão política da sociedade, podem resultar aparentemente atrativos, mas têm alcance prático muito duvidoso, pois centram-se na reclamação do indivíduo contra os seus pares<sup>10</sup> e frente ao governo, o que não contribui para a coesão social, diríamos para a sustentabilidade do próprio compromisso político.

### **1.3 A despreocupação pela busca de fundamentos últimos, absolutos**

Outra questão que dificulta a busca de fundamentos para os direitos humanos seria a reticência e a resistência em desvelar e discutir os seus fundamentos. Neste aspecto se verifica o profundo impacto da corrente positivista. Bobbio qualifica de ilusória a tentativa. A ausência de fundamentos absolutos, na opinião do autor que tomamos por referência, transfere uma alarmante debilidade a reivindicação dos direitos humanos, restando difícil, se não impossível, impô-los aos outros sujeitos de direito.

Ainda na dispersão das idéias, que dificultam a fundamentação dos direitos humanos, o autor constata que ao mesmo tempo em que se proclamam e se

<sup>9</sup> PINTORE, Anna. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Trotta.

<sup>10</sup> WEIL, Simone. “Toda invocação a um direito é uma declaração de guerra”.

defendem direitos humanos, encontra-se a doutrina contemporânea com a sua capacidade de justificação menos habilitada a fazê-lo. Dentro da dispersão de idéias, encontramos a mesa referência em MacIntyre<sup>11</sup>

Passando agora a discorrer resumidamente sobre as principais correntes que fundamentam os direitos humanos, lembramos que os únicos dois mitos fundadores que conseguiram sobreviver às críticas dos positivistas, dos marxistas e outros, foram o **estado da natureza**<sup>12</sup> e o **contrato social**.

---

<sup>11</sup> MACINTYRE, Alasdair. *op. cit.* p. 30.

<sup>12</sup> AREND, Hannah. *Eichmann in Jerusalém*. Hannah Arend teve consciência da complexidade do problema e identificou como escopo do julgamento fazer justiça além do Direito Positivo por atos cometidos no “estado totalitário da natureza”.

## 2 A NOÇÃO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Retornando ao autor cuja obra adotamos como referencial, é de lembrar que a noção de direitos humanos nasceu de uma relativa unidade doutrinal sobre um “estado de natureza” em que o homem gozava de direitos inatos. A etapa da realização de um consenso sobre o contrato social como origem da sociedade política e consenso sobre os direitos fundamentais do homem, a liberdade, a igualdade diante da lei, propriedade e resistência à opressão.<sup>13</sup> Hoje, os direitos humanos gozam de consenso na sociedade ocidental contemporânea e causa indignação sua sistemática violação.<sup>14</sup> O paradoxal é que todas as teorias aceitam o direito, mas não estão de acordo com a norma que o funda, havendo aqueles que acreditam que não há fundamentos. A busca pelos fundamentos para justificar os direitos humanos está intimamente ligada aos fundamentos da justiça.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Verificar em CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo : Ática. Cap. 8. As filosofias políticas. A vida boa.

<sup>14</sup> Verificar “Flor do Deserto” e “Cisnes Selvagens”.

<sup>15</sup> BESSONE, Magali. *La Justice*. Paris : Flammarion. 2000.

### 3 O SIGNIFICADO

#### 3.1 O que se pretende dizer, ao referir-mos “Direitos humanos”, a noção objeto da fundamentação

Qual é a noção central do objeto da nossa fundamentação? A noção principal do vocábulo **direitos**, refere-se a todas as exigências efetuadas com base em uma justificação racional. Ter direito, é expressão que significa exigência firme, não gratuita e nem súplica, mas com uma base legítima que a justifique. Simples súplicas ou interesses não têm o respaldo normativo. Mas qual seria a sua força normativa, obrigatória? O direito humano depende de uma norma universal e não positiva que fundamenta este direito. Segundo formulação de Höffe<sup>16</sup> os direitos humanos estariam em um estágio intermediário entre direito moral e direito positivo, seriam um direito pré-estatal válido. Para Habermas, o conceito de direitos humanos representa uma específica designação do conceito moderno de direitos subjetivos.

A resposta a esta pergunta, segundo Massini Correias, só pode ser alcançada mediante a aceitação dos seguintes pressupostos: a) que os direitos hu-

manos existem, são realidades verificáveis na prática da convivência humana. Este pressuposto exige o abandono da teoria pós-estruturalista que deixa fora do seu horizonte o sujeito humano, o titular dos direitos. Abandona-se, também, a visão mística, que sustenta a inexistência de direitos humanos; b) o segundo pressuposto a ser aceito é o de que é necessário e possível encontrar um fundamento normativo e, com isso, há necessidade de abandonar a idéia de que é impossível ou desnecessária a fundamentação; c) o terceiro pressuposto é de que os direitos humanos têm caráter axiológico positivo e vale a pena a tarefa de indagar e procurar a sua correta justificação racional. Com a aceitação deste pressuposto abandonamos aqueles que pensam se tratar de um lamentável desvio do pensamento jurídico moderno, condicionado pelo subjetivismo e pelo voluntarismo,<sup>17</sup> ou aqueles que entendem se tratar de mero elemento funcional do sistema jurídico-político.

### 3.2 Um resumo das diversas teorias

Aceitos estes pressupostos, passa-se a investigar as diversas teorias que procuram fundamentar os direitos humanos. Teorias conforme a abordagem didática de Massini Correias, divididas em muitas escolas: utilitaristas, analíticas, institucionais, marxistas, relativistas, tomistas, kantianos, hegelianos, etc.

Considerando a grande diversidade de teorias e propostas o autor procurou organizá-las, distinguindo-as em duas grandes correntes, a saber: aqueles que tentam fundamentar os direitos humanos em meras construções da consciên-

---

<sup>16</sup> HÖFFE, Otfried. *Politische Gerechtigkeit* (Justiça Política).

<sup>17</sup> Voluntarismo para Michel Villey, ativismo para Dworkin, emotivismo para MacIntyre.

cia do homem, e aqueles que remetem o fundamento para um elemento independente da consciência do ser humano, isto é, para alguma realidade objetiva transcendente. Aos primeiros, denomina “immanentistas”;<sup>18</sup> e aos segundos, “transcendentalistas”.

### **3.3 Catálogo das posições immanentistas**

Distingue o autor seis variantes dentre aqueles que procuram fundamentar os direitos humanos em meras construções da consciência do ser humano: as doutrinas individualistas, as utilitaristas, as contratualistas, as historicistas, as relativistas e as procedimentalistas.

### **3.4 Doutrinas individualistas**

Repassando de forma sintética, inclui o autor entre as construções immanentistas, as de caráter individualista, destacando Dworkin, Hart, Mac Donald, Taylor, esclarecendo que fundamentam os direitos humanos em opções pessoais dos sujeitos,<sup>19</sup> em seus particulares planos de vida, dizendo que nunca são adequadamente fundamentados. Nesta esfera, os direitos humanos aparecem imantados com forte caráter individualista (individualismo possessivo), são direitos que se exercem contra os outros e contra o Estado. Os direitos precedem o todo social, a vida é pensada em termo de interesses. O homem fica em derruição, em abandono, e impera o politeísmo dos valores. O homem é visto como maximizador de seus interesses.

Os traços fundamentais da visão individualista dos direitos humanos,

---

<sup>18</sup> Imanente: que está inseparavelmente contido ou implicado na natureza de um ser.

ou a posição ortodoxa, segundo Dworkin, podem ser assim resumidos:

1) Quando se fala em direitos humanos se toma a palavra direitos com o sentido de direitos subjetivos, melhor dizendo, poderes jurídicos ou morais próprios do indivíduos;

2) Seus titulares são todos os homens por só e unicamente esta condição. Respeita a legislação positivada e os direitos assim estabelecidos;

3) O sujeito passivo ou obrigado não está geralmente bem determinado, parece ser o Estado ou certas organizações não-estatais que sistematicamente os violam;<sup>20</sup>

4) A razão pela qual o homem possui a titularidade dos direitos humanos radica em uma certa dignidade ou eminência de certa maneira relacionada com a liberdade e a racionalidade, isto não impede que se atribuam direitos aos “animais”<sup>21</sup> e se os neguem a seres humanos, nascituros e anciãos;

5) A exigência que pretendem é absoluta no sentido de que não admitem ressalvas, há necessidade ética;

6) Podem tratar-se de **direitos de liberdade** que exigem abstenções por parte do Estado ou **direitos prestacionais** que pressupõe prestações positivas por parte do Estado;

7) Estão em constante expansão/inflação e esta expansão se dá nos direitos sociais;

8) Têm alcance universal, isto é, ultrapassam as fronteiras do Estado,

---

<sup>19</sup> Para MacIntyre emotivistas.

<sup>20</sup> Desde Ockman temos a noção de direito subjetivo, como uma faculdade do indivíduo que para fazer valer o direito apela ao poder público.

se vinculam com a comunidade internacional;

9) Expressam-se em discurso de caráter ideológico, emotivo, quase religioso;

10) A linguagem é vaga, imprecisa e equívoca, utilizando-se das mesmas palavras para conceitos diversos.

Ronald Dworkin, segundo algumas classificações, incluído entre os immanentistas,<sup>22</sup> oferece a seguinte definição sobre o objeto de nosso estudo: os direitos individuais são trunfos políticos nas mãos dos indivíduos, os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, uma meta coletiva não é justificável suficiente para negar-lhes aquilo que como indivíduos desejem ter ou fazer, ou quando não se justifica suficientemente a imposição de sua perda ou prejuízo.

Vistas as correntes de viés individualista, passamos às doutrinas utilitaristas:

### **3.5 Doutrinas utilitaristas**

As doutrinas com este color justificam os direitos humanos com base em uma utilidade e tanto pode ser uma utilidade para a maioria ou para desejos individuais. O enfoque pode ser feito em diversos níveis, com privilégio dos aspectos econômico, estético, ou qualquer outro, mas a fundamentação centra-se na utilidade para o sujeito a utilidade para o maior número. Como defensores desta posição destacam-se Sumner, Scanlon e Mill.

O utilitarismo econômico afasta a idéia de que os direitos políticos pos-

<sup>21</sup> O autor se refere a polêmica ambientalista envolvendo focas.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona : Ariel Derecho, 1997.

sam ser anteriores aos direitos jurídicos.

### **3.6 Doutrinas consensualistas ou contratualistas**

Nestas doutrinas os direitos humanos aparecem como obtidos por alguma espécie de acordo interpessoal fático ou suposto, explícito ou implícito, resultando um consenso sobre questões básicas.

Entre os contratualistas ou consensualistas destacam-se as figuras de Habermas, Perelman e, segundo alguns, Rawls.

### **3.7 Doutrinas historicistas**

Segundo estas doutrinas, a exigência de observância dos direitos humanos encontra a sua fonte em um elemento do sujeito coletivo, da coletividade, mutável e variável, segundo o compasso do acontecer histórico. O elemento pode ser a atividade econômica ou o progresso científico, o pensamento objetivado. São pensadores na linha historicista: Marx<sup>23</sup> e Hegel.

### **3.8 Doutrinas procedimentalistas**

Sustentam estas doutrinas a viabilidade de uma fundamentação baseada nas regras da razoabilidade prática, sem referência a pontos de partida objetivos. Alguns autores admitem que se trata de uma demonstração ou argumentação de caráter circular e hipotético. Entre eles Stoljar e Rawls.<sup>24</sup>

A nota comum de todos os ensaios justificatórios antes referidos reside

---

<sup>23</sup> MARX, Karl. *A questão judaica*. 5. ed. São Paulo : Centauro.

no aspecto intra-subjetivo, imanente e que afastam a necessidade de um fundamento absoluto para justificar racionalmente os direitos humanos. Nestas teorias resulta perturbadora a idéia de direitos valiosos incondicionalmente e sem exceção a esta possibilidade, para estes pensadores, resultaria em um absolutismo ou totalitarismo.

Poderiam ser considerados direitos humanos aqueles direitos relativos, superáveis, que desaparecem quando inconvenientes para a utilidade geral? Ora, salienta Massini Correias que um direito fundamental “se tem ou não se tem”, não se pode ter um pouco, tê-lo *prima facie*. Direitos humanos, no sentido central e denso, quer dizer, direitos que exigem respeito absoluto. A afirmação da existência de direitos e seus correlativos deveres válidos sempre e sem ressalvas, mesmo contra interesses, desejos, utilidades e convenções humanas supõe referência a uma fonte, a um fundamento absoluto, distinto do sujeito humano e capaz de vincular a vontade de modo inexorável.

### 3.9 Doutrinas objetivistas

Com estas considerações, abordam-se as teorias de base objetivista ou transcendental. Para chegar ao exame de tais teorias, há necessidade de rápida menção aos principais problemas que necessariamente devem ser resolvidos para se chegar a fundamentação consistente dos direitos humanos.

1) Estabelecer que é “o homem”, sujeito dos direitos humanos, deriva-

---

<sup>24</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo : Ática. A idéia da posição original “deve ser considerada como um artifício de representação, todo o acordo estabelecido pelas partes deve ser visto como hipotético e a-histórico.

dos da dignidade própria da índole humana. A noção de homem abarca um ente existencialmente autônomo, o ser em si, que tenha um certo modo próprio e específico de existir.

2) O segundo problema é proveniente da necessidade de determinar claramente o sujeito ativo e passivo da relação de direito, identificar quem é o titular do direito e precisar o sujeito passivo, obrigado a respeitar ou tolerar o direito alheio, em especial, nos direitos sociais que têm aspecto prestacional oneroso.

3) O terceiro problema se refere aos conflitos que se estabelecem entre os direitos de liberdade e os direitos prestacionais ou sociais. O autor que utilizamos como referência identifica a possibilidade do “paternalismo” como violador dos direitos humanos.

4) A quarta dificuldade consiste em estabelecer o conteúdo dos direitos humanos, isto é, a medida das prestações harmonizar as prerrogativas de cada um ao direito de todos.

5) O quinto problema, segundo Massini Correias, radica na impossibilidade de fundamentar uma política pública de governo só sobre a doutrina dos direitos humanos. O principal problema político consiste em unir a sociedade política<sup>25</sup> e a doutrina dos direitos humanos exige a prevalência de determinados grupos, ou determinadas exigências, em detrimento de outros, daí ser “dispersivo” e não “unitivo”.

O sexto problema consiste na utilização ideológica dos direitos huma-

---

<sup>25</sup> A questão da sustentabilidade na política, trabalho Rio + 10 – Desenvolvimento Sustentável.

nos, o que muito contribui para o seu descrédito.

Repassados os principais problemas e considerando o fracasso das muitas teorias em justificar os direitos humanos, passamos a abordar a fundamentação realista dos direitos humanos, vertente que tem a preferência de Massini Correias.

### 3.10 Fundamentação realista dos direitos humanos

Esta linha de justificação sustenta-se em alguns conceitos ou noções fundamentais, a saber: a) noção de natureza, a natureza e o modo de ser próprio do homem, em especial, na locução “direitos” referenciado a “humanos” supõe-se uma referência significativa a um fundamento objetivo;

b) o conceito de pessoa, que inclui as notas de substancialidade, racionalidade e liberdade. Há necessidade de um ente substancial para que se possa falar de direitos humanos. Apenas com a perspectiva filosófica que reconhece a personalidade humana, a substancialidade, a racionalidade e a liberdade do homem é possível pensar em certos direitos que se tenham objetivamente, os direitos humanos.

c) A idéia de Justiça é outra característica do pensamento realístico, é a medida do justo e a virtude que a tem por objeto. Formulada por Aristóteles, supõe a idéia de igualdade e de relação recíproca. É esta idéia da Justiça que faz perceber algo fundamental na questão dos direitos humanos: **Não há direito subjetivo sem um correlativo dever de outro sujeito**. A noção de um direito é uma idéia normativa com um característico aspecto dual. Por outro lado, a idéia clássica de Justiça supõe o bem comum, que é patrimônio comum de toda a coletivi-

dade, assim, impensável distribuir mais do que há no patrimônio comum da coletividade o que é habitual no discurso retórico sobre os direitos humanos. O que caracteriza mais intimamente a visão realista dos direitos humanos e o que Masini Correias denomina de realismo estrutural, isto é, sua distância da utopia e de ideologia ilusória. Fixar a atenção para a realidade das coisas humanas, sobre o homem e a sua convivência para fugir da tentação que assola as demais concepções sobre os direitos humanos, qual seja: a de hipertrofiá-los, torná-los ilimitados, na crítica de Anna Pintore<sup>26</sup> “derechos insaciables”. A visão realista que leva em conta a convivência em meio a bens escassos, evita concepções rígidas e simplistas, que pretendem valer a todo tempo em todo lugar, propondo uma noção dúctil e adaptável às diversas realidades sociais. Neste ponto, caberia ponderar que Rawls, no “Direito dos Povos” se encaminha para a concepção realista, ao estabelecer o conceito de povo decente, entre os princípios de justiça está o de respeitar os direitos humanos básicos.

A teoria do contrato de Rawls é baseada em direitos, a teoria “profunda” de Rawls, segundo análise de Dworkin, baseia-se no conceito dos direitos que são naturais, no sentido de que não são produto de legislação, convenção ou contrato.

### **3.11 Fundamentação própria sobre a questão dos direitos humanos**

Ao iniciar o exercício da magistratura em fevereiro de 1988, após razoável período como advogada e mais dez anos como procuradora de órgãos

---

<sup>26</sup> PINTORE, Anna. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid : Trotta. FERRAJOLI, Luigi (Org.)

públicos, recorro que as demandas em geral se sustentavam, defendiam e decidiam com base na legislação, precedentes jurisprudenciais com o auxílio da doutrina. Após o plano econômico de 1990, ocasião em que houve o “bloqueio dos cruzados”, tornando temporariamente indisponíveis poupanças e demais ativos financeiros, e ainda a legislação provisória proibindo que os juízes deferissem liminares para liberar valores, era necessária muita fundamentação para fazê-lo. Tendo em mãos para decidir o caso de uma senhora octogenária, viúva, sem família, residente em uma clínica geriátrica, custeada com a retirada mensal do valor da hospedagem da poupança, resultante da venda da residência própria, não consegui alinhar fundamentos explícitos em torno da questão dos direitos humanos. O máximo que consegui dizer como fundamentação foi que “nenhum plano econômico se erguerá sobre o sacrifício dos idosos e doentes”, invocando o artigo 5º, inc. III, da Constituição Federal de 1988.<sup>27</sup>

Ao primeiro caso se seguiram centenas de outros, figurando como postulantes, idosos, doentes graves ou terminais, aposentados e inválidos, até que surgiu uma jovem que poupava há anos para realizar uma plástica corretiva, e o fundamento então foi o de que “o justo era o belo no veredito da consciência”. A liminar foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

### **3.12 Como fundamentar os direitos humanos**

Agregar sempre o argumento moral: o crido, os valores.

---

<sup>27</sup> “Art. 5º. (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)”.  
Apelação Cível nº 96.04.55333-0/RS, julg. em 20.08.1998. Relatora Des. Federal Marga Inge Barth Tessler.  
Caso envolvendo homossexuais e o direito ao amparo previdenciário.  
Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-6. Amparo direito previdenciário.

A pobreza da fundamentação de outrora era contudo amparada pela íntima convicção de que idosos e doentes não poderiam ser sacrificados ou privados de seus recursos, nem temporariamente, para garantir o sucesso do plano econômico que pretendia combater a inflação. Retorno, então, ao primeiro fundamento próprio, aquele tão bem descrito por Julián Marías: o crido, o crédito, as crenças, a profissão de fé. O argumento moral, no qual se acredita é muito importante. Não abandonar o argumento moral.

Por fim, não há como não aderir às posições defendidas por Massini Correias e também aos de Michel Villey e Leo Strauss, na parte do “regresso aos antigos” e com o pensamento de Hannah Arendt, explicado por Celso Lafer, na reconstrução “a partir dos antigos”. Pode parecer nostálgico, mas não se trata de saber se é ou não possível, ou se é ou não desejável no séc. XXI efetuar um retorno arqueológico ao pensamento grego, à visão comunitarista, à visão de finalidade, à visão de que intimamente relacionado com qualquer direito humano há sempre um dever a ser cumprido pelo obrigado, há sempre um ônus a ser suportado.

As normas fundantes, segundo os clássicos, não são deste mundo, só há justiça, de modo muito geral, à luz das perfeições paradigmáticas do grande todo.

Para resgatar os direitos humanos da trivialização, da partidarização e das ciências, do barbarismo científico extremado, a solução parece ser a do retorno à visão clássica.

### **3.13 Como fundamentar os direitos humanos: fundamentos jurídicos**

Por derradeiro, a Constituição Federal de 1988 é particularmente generosa com a questão dos direitos humanos, pois temos no artigo 1º entre os princípios fundamentais, no item III, a dignidade da pessoa humana. No artigo 2º, entre os objetivos fundamentais da República, está o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos. No artigo 4º, estabeleceu-se que nas relações internacionais prevalecerão os direitos humanos, a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos. O recurso aos tratados internacionais é fundamentação de reforço.

### **3.14 Como fundamentar os direitos humanos e que direitos fundamentar**

Não há como abandonar a visão objetiva e realista. Vivemos em um País do Terceiro Mundo ou em desenvolvimento, onde os recursos são escassos e os carentes são muitos.

### **3.15 O equilíbrio e a justa medida**

Há sempre a ponderar o limite do possível e do razoável. Não é possível sob o manto da defesa dos direitos humanos determinar a realização de cirurgias eletivas delicadas e sofisticadas ao amparo do SUS, por exemplo, quando faltam recursos para o atendimento básico materno-infantil. Não é possível ver direito humano, ou mesmo direito, com a máxima vênia, em baixa hospitalar com “diferença de classe” pelo Sistema Único de Saúde – SUS, prática admitida por precedente do Supremo Tribunal Federal. O direito à moradia, ou ao trabalho, etc. não se concretizam necessariamente com a obtenção da “casa própria” ou

emprego, mas certamente impedem o trabalho escravo recentemente noticiado pela imprensa, bem como a existência de cooperativas de trabalho, usadas com abuso das figuras jurídicas, para frustrar a aplicação da legislação trabalhista básica. Os direitos humanos certamente amparam o recurso ao suprimento do consentimento dos pais ou responsáveis por menores ou inválidos que necessitam de transfusão de sangue, impedida por convicções religiosas daqueles. Por fim, se o direito à vida é direito humano básico, o direito de morrer com dignidade também se inclui no espectro dos direitos humanos básicos e quem vai decidir quando suspender o tratamento médico atendendo o desejo do paciente?

## CONCLUSÃO

Em matéria de direitos fundamentais, e sua fundamentação adequada, vale a lição de Ingo Sarlet<sup>28</sup> de que “é sempre preferível pecar pelo excesso do que pela timidez ou omissão”, devendo na lição do citado professor “prevalecer a noção de equilíbrio e da justa medida”. Assim, em excelente companhia, alinho-me pelo retorno às noções clássicas, reestruturando os direitos fundamentais com fundamentação à luz e com ecos gregos. “Não é de hoje ou de ontem, mas é de sempre que vive essa lei e ninguém sabe onde apareceu”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado.

<sup>29</sup> SÓFOCLES. *Antígona*.

ARISTÓTELES. *Retórica*. 1373 B.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 - AREND, Hannah. **Eichmann in Jerusalém.**
- 02 - BESSONE, Magali. **La Justice.** Paris : Flammarion. 2000.
- 03 - BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro : Campus.
- 04 - CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo : Ática.
- 05 - CORREAS, Carlos Ignacio Massini. **Filosofia del Derecho.** Buenos Aires : Abeledo-Perrot.
- 06 - DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Trad. Marta Gustavino. Barcelona : Ariel, 1997.
- 07 - HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del otro.** Estudios de Teoría Política. Barcelona : Paidós.
- 08 - HÖFFE, Otfried. **Politische Gerechtigkeit (Justiça Política).**
- 09 - LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo : Companhia das Letras
- 10 - MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude.** Bauru : EDUSC.
- 11 - MARÍAS, Julián. **Introdução à Filosofia.** Trad. Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo : Duas Cidades.
- 12 - PINTORE, Anna. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid : Trotta. FERRAJOLI, Luigi (Org.).
- 13 - RAWLS, John. **O liberalismo político.** São Paulo : Ática.
- 14 - SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre : Livraria do Advogado.