

A TEORIA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NA TEORIA DA JUSTIÇA

The Legal Theory of Human Rights and yours Influence on the Justice Theory

Angelo Antonio Depieri¹

RESUMO O presente artigo reporta a evolução histórica dos direitos humanos. Relata a influência de filósofos da antiguidade que defendiam os direitos naturais e fundamentais. Comenta sobre a evolução dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no âmbito internacional. Retrata a influência dos direitos humanos na teoria da justiça. Reporta críticas à defesa dos direitos humanos, que apesar de serem representados atualmente pela Declaração Universal da ONU, não consegue impedir atrocidades e horrores cometidos contra os mais vulneráveis e desprovidos de direitos.

Palavras-chave: DIREITOS HUMANOS, DIREITOS NATURAIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS, ORDEM INTERNACIONAL, TEORIA DA JUSTIÇA.

ABSTRACT This article reports the historical evolution of human rights. Reports the influence of ancient philosophers who defended natural and fundamental rights. It comments on the evolution of fundamental rights and human rights at the international level. Portrays the influence of human rights on the justice theory. It reports criticisms of the defense of human rights, which despite being currently represented by the ONU Universal Declaration, cannot prevent atrocities and horrors committed against the most vulnerable and deprived of rights.

Keywords: HUMAN RIGHTS, NATURAL RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS, INTERNATIONAL ORDER, JUSTICE THEORY.

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o marco inicial com o objetivo de promover políticas públicas essenciais para a preservação da dignidade da pessoa humana, devendo ser visto como um parâmetro contra toda e qualquer forma de abuso de governantes, deixando a certeza de que a humanidade comunga de valores iguais na proteção dos seus direitos.

¹ Advogado - Mestre em Direito pela UNIMEP – Professor do Curso de Direito da UNIFIA. angeloadepieri@gmail.com

Os direitos humanos são direitos universais e inalienáveis, sendo considerados como o mínimo necessário de direitos e que tem por objetivo assegurar ao ser humano uma vida digna, com base na liberdade e na sua dignidade, sendo estes os grandes fundamentos dos direitos humanos.

Na definição de Sérgio Resende de Barros (2003, p. 1), os direitos humanos são poderes-deveres:

Constituem direitos que ao mesmo tempo são deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada um e de cada um para com todos – nos aspectos objetivos e subjetivos necessários a manter a humanidade pela manutenção da comunidade humana fundamental, isto é, pela preservação dos fatos e valores que são logicamente porque são historicamente comuns e necessários à humanidade.

A comunidade internacional precisou demonstrar de forma escrita, quais os direitos essenciais para a proteção da dignidade humana e a Declaração dos Direitos Humanos deve ser vista como um documento que trouxe de modo claro a proteção contra as arbitrariedades e as formas de totalitarismo, conscientizando toda a comunidade sobre a necessidade dos respeito aos princípios basilares dos direitos e liberdades fundamentais.

É essencial estabelecer a diferença entre os alicerces teóricos dessas históricas declarações de direitos, dado que estes detêm uma forte influência não apenas sobre como os direitos nelas declarados devem ser aplicados, como também sobre as consequências da implementação legal no ordenamento jurídico nacional dos intitulados direitos humanos.

Com certeza a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi essencial para a manifestação de valores humanamente fundados e reconhecidos, mas tem que se reconhecer que a Declaração dos Direitos da Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foram inspirações, sendo uma forma influência dos direitos nelas declarados.

Para Norberto Bobbio (2004, p. 27), a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estado, mas de indivíduos livres e iguais.

A Declaração apenas norteou os princípios sobre direitos e liberdades, porém não deve ser considerada como um acordo ou um tratado, mas deve ser aprovada pelo voto dos membros da Assembleia Geral.

O ponto inicial ainda que remoto, na concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 56), foi a partir da Declaração Universal da ONU, considerada a existência de uma nova fase, caracterizada pela universalidade simultaneamente abstrata e concreta, por meio da positivação, na seara do Direito Internacional, de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos e não apenas (mas também) aos cidadãos de determinado Estado.

ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DO HOMEM: DOS DIREITOS NATURAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na antiguidade, o direito não era estabelecido pelos homens, mas pelas divindades, porém pela filosofia através de alguns importantes pensadores, influenciaram o pensamento jusnaturalista e a concepção de que a simples existência do homem já seria titular de direitos naturais inalienáveis.

Na Grécia surgiu a ideia que o direito natural era superior ao direito positivo, estabelecendo uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum. Lei particular é aquela que cada povo dá a si mesmo, podendo as normas lei particular ser escrita ou não-escrita. Lei comum é aquela conforme a natureza, pois existe algo que todos, de certo modo, adivinhem sobre o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo. (LAFER, 2009, p. 35).

O direito natural para os gregos é lei imutável, e cita Lafer (2009, p. 35) a peça Antígona de Sófocles, que queria enterrar seu irmão Polinices, que acusado de traição por Creonte, fora proibido de um sepultamento digno. Antígona evoca as imutáveis leis não escritas do Céu, que não nasceram hoje nem ontem, que não morrem e que ninguém sabe de onde vieram.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 38) classifica esta fase como a pré história dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana e no pensamento cristão.

Para Santo Tomás de Aquino (1996, p. 13-14) existiam três tipos de leis, que dirigiam a comunidade ao bem comum. O primeiro é constituído pela lei natural (conservação da vida, geração e educação dos filhos, desejo da verdade); o segundo inclui as leis humanas ou positivas, estabelecidas pelo homem com base na lei natural e dirigida à utilidade comum; finalmente, a lei divina guiaria o homem à consecução de seu fim sobrenatural, enquanto alma imortal.

De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito

positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes, poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população (SARLET, 2015, p. 38).

A doutrina jusnaturalista a partir do século XVI, com base nas teorias contratualistas e com o iluminismo, retornam ao racionalismo e o individualismo, fundado em um contrato social, afirmando a supremacia do indivíduo em face do Estado. Entre os pensadores mais influentes estão Hobbes, Locke e Rousseau.

Hobbes (1997, p. 112-113-114), em sua teoria, entende que só há um único direito individual existente no estado de natureza, que é:

A liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios mais adequados a esse fim. Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que o seu julgamento e razão lhe ditarem. E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado pela sua própria razão, e nada havendo de que possa lançar mão que não lhe ajude na preservação da sua vida contra os seus inimigos, segue-se que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, até mesmo aos corpos uns dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito natural de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Conseqüentemente é um preceito ou regra geral da razão, que todo Homem deve esforçar-se pela paz, na medida que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurar a paz, e segui-la. A segunda encerra a sua do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos.

No entendimento de Hobbes o direito natural consiste essencialmente no fato de o indivíduo agir da melhor forma para satisfazer suas vontades, alimentadas pelos seus sentidos e paixões particulares, inexistindo o certo ou errado, justo ou injusto, no estado de natureza. O Estado seria necessário para Hobbes como a solução para a paz, organizando a sociedade, necessitando de um pacto para o benefício de todos.

Na obra, *O Leviatã*, Hobbes demonstra a fragilidade e as limitações do homem dividindo-o em: sensação, imaginação e linguagem. A natureza do homem é negativa, egoísta, hedonista, e muitas outras características que fazem dos homens indivíduos indesejáveis entre seus pares. Demonstra ainda que existem três causas de discórdias entre os homens, a competição, a descrença e a glória e também que o homem adquire a razão, não sendo esta, natural do indivíduo. São os principais motivos que faz do homem

nato aos conflitos, necessitando de um poder para fazê-los viver em harmonia, que seria um poder absolutista, monárquico, sem divisões de poderes e, havendo justa causa, pode atentar contra a vida de cada homem que compõem o Estado.

John Locke acredita que existem direitos naturais anteriores ao Estado Civil. Ao contrário de Hobbes, que pretendia justificar o absolutismo.

Para Locke (1997, p. 15), no estado natural “nascemos livres na mesma medida em que nascemos racionais”. Os homens, por conseguinte, seriam iguais, independentes e governados pela razão. O estado natural seria a condição na qual o poder executivo da lei da natureza permanece exclusivamente nas mãos dos indivíduos, sem se tornar comunal. Todos os homens participavam da sociedade singular que é a humanidade, ligando-se pelo liame comum da razão. No estado natural todos os homens teriam o destino de preservar a paz e a humanidade e evitar ferir os direitos dos outros.

O estado de natureza de Locke não era necessariamente um estado de guerra, mas este poderia vir a se tornar, caso ocorresse alguma violação a um direito. Assim, afirma que haveriam dois estados de natureza: o ideal e o real.

No estado ideal existe a igualdade entre os homens, com obediência às leis naturais de maneira a não gerar conflitos e existindo uma harmonia entre todos. No estado real, todos os homens devem julgar seus próprios atos, afirmando que cada homem poderia julgar em causa própria, podendo gerar conflitos, e que resultaria em um estado de guerra.

Vivendo em perfeita liberdade e igualdade no estado natural, o homem, contudo, estaria exposto a certos inconvenientes. O principal seria a possível inclinação no sentido de beneficiar-se a si próprio ou a seus amigos. Como consequência, o gozo da propriedade e a conservação da liberdade e da igualdade ficariam seriamente ameaçados. Justamente para evitar a concretização dessas ameaças, o homem teria abandonado o estado natural e criado a sociedade política, através de um contrato não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres (LOCKE, 1997, p. 16).

A questão da propriedade para Locke é considerada um importante instituto a ser preservado sendo um bem de produção, e a propriedade antecede ao Estado Civil, devendo considerar como propriedade tudo que é adquirido através do trabalho, e também o seu corpo, sua integridade física e psíquica.

No entendimento de Rousseau (1997, p. 69-70), a liberdade só é adquirida quando o homem se torna cidadão, um membro da coletividade, renunciando a sua vontade exclusiva, aceitando a vontade geral, descrevendo:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Enfim, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e a força para conservar o que se tem.

Norberto Bobbio (2004, p. 80) entende que o pensamento de Kant inspirado em Rousseau tem um raciocínio demarcando os direitos humanos historicamente, definindo que a liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais possa dar o meu assentimento. Uma definição clara na inspiração de Rousseau, que definira a liberdade como “a obediência à lei que nós mesmos nos prescrevemos”.

O pensamento de liberdade e igualdade que descreve Rousseau, se diferencia muito dos jusnaturalistas e foi essencial para o surgimento histórico dos direitos sociais, determinando as diretrizes do Estado na sociedade.

Durante o século XVIII, em inglês e em francês, os termos "direitos humanos", "direitos do gênero humano" e "direitos da humanidade" se mostraram todos demasiado gerais para servir ao emprego político direto. Referiam-se antes ao que distinguia os humanos do divino, numa ponta da escala, e dos animais, na outra, do que a direitos politicamente relevantes como a liberdade de expressão ou o direito de participar na política (HUNT, 2009, p. 21).

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O principal documento redigido foi a carta magna de 1215, determinando pela primeira vez, que um soberano ficaria vinculado às próprias leis que editasse.

Fábio Konder Comparato (2013, p. 92) diz que “a Magna Carta contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, pois ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo.” O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele.

Foi com certeza de grande importância, apesar de dar privilégios ao clero e a nobreza, para o reconhecimento dos direitos fundamentais, originando direitos de liberdade de locomoção, pois a Carta Magna previa o direito de ir e de vir, e também a proteção contra prisão arbitrária, entre outros direitos.

Outros documentos importantes foram também editados, como o da *petition of Right* de 1628 e o *Bill of Right* de 1689, sendo reconhecidos os direitos como a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*.

Para Gonet Branco (2015, p. 136), foi nos séculos XVII e XVIII, com as teorias contratualistas que vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 43), assim descreve:

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Ressalte-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas.

Para Bobbio (2004, p. 4) os direitos humanos ganham destaque quando é dado ao indivíduo maior relevo frente ao Estado, dizendo que “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos e não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.

A declaração da Virgínia de 1776 foi conceituada por muitos juristas como a que deu início à democracia moderna.

A carta da Virgínia, segundo o professor Sérgio Resende de Barros, merece a atenção pela luz que ela lança sobre a situação civil e política da colônia e pelo que ela nos ensina sobre as ideias econômicas e o sistema colonial do século XVII (BARROS, 2003, p. 278).

A importância histórica da declaração da independência no entendimento de Fábio Konder Comparato, é o fato de ser o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo o ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social (COMPARATO, 2013, p. 119).

Mas foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, considerada como sendo a mais famosa das declarações. Sua importância vem do fato de ter sido o modelo que foi seguido pelo constitucionalismo liberal, influenciando as outras declarações que se seguiram. Foi a declaração que pôs fim ao regime totalitário dos monarcas, e teve forte inspiração no pensamento de Rousseau e Montesquieu.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 20) comparou as Declarações Francesa e Americana, afirmando que a Francesa tem como favorável um esplendor das fórmulas e da língua, e a generosidade de seu universalismo. Por isso foi preferida, e copiada, ainda que frequentemente seus direitos ficassem como letra morta. Ao contrário, a Declaração Americana aproximou do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos do cidadão inglês.

Com efeito, num primeiro momento, como descreve Celso Lafer, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, uma doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peças do poder religioso e através dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político (LAFER, 2009, p. 123).

Nas Declarações Americana e Francesa, deixaram a clareza de que todos os homens seriam iguais, não importando raça, crença, cor da pele, sexo, mas a igualdade seria inerente da raça humana.

Lynn Hunt nos explica que as Declarações Americana e Francesa, tiveram um diferencial em relação a lei inglesa e o Bill of Rights (2009, p. 19):

A igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam uma expressão política direta pela primeira vez na Declaração da Independência americana de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Embora se referisse aos "antigos direitos e liberdades" estabelecidos pela lei inglesa e derivados da história inglesa, a Bill of Rights inglesa de 1689 não declarava a igualdade, a universalidade ou o caráter natural dos direitos. Em contraste, a Declaração da Independência insistia que "todos os homens são criados iguais" e que todos possuem "direitos inalienáveis".

Sobre a paternidade dos direitos fundamentais, nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 43):

Disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia e a Declaração Francesa, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporam virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que ambos têm sua origem comum na tradição do direito natural, na qual, é bem mais determinante, mesmo na declaração francesa. O ponto de partida comum é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder, sendo esse o entendimento de Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 105).

Lynn Hunt (2009, p. 131-132), com maestria cita os principais artigos da declaração de direitos francesa:

Os deputados franceses declaravam que todos os homens, e não só os franceses, “nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (artigo 1). Entre os “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” estavam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (artigo 2). Concretamente, isso significava que qualquer limite aos direitos tinha de ser estabelecido na lei (artigo 4). “Todos os cidadãos” tinham o direito de participar na formação da lei, que deveria ser a mesma para todos (artigo 6), e consentir na tributação (artigo 14), que deveria ser dividida igualmente segundo a capacidade de pagar (artigo 13). Além disso, a declaração proibia “ordens arbitrárias” (artigo 7º), punições desnecessárias (artigo 8º) e qualquer presunção legal de culpa (artigo 9º) ou apropriação governamental desnecessária da propriedade (artigo 17). Em termos um tanto vagos, insistia que “ninguém deve ser molestado por suas opiniões, mesmo as religiosas” (artigo 10), enquanto afirmava com mais vigor a liberdade de imprensa (artigo 11).

A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNACIONAL

O Século XX foi marcado por duas grandes guerras que causaram todo o tipo de desrespeitos relacionados aos direitos humanos e ainda movimentos totalitários como o fascismo na Itália e o comunismo na União Soviética, só citando alguns, entre muitos outros que em nome de regimes ditatoriais, cometeram todos os tipos de atrocidades contra a humanidade.

Após a segunda guerra Mundial, com o genocídio praticado contra determinados povos, em que milhões de pessoas foram mortas de forma brutal, executadas sumariamente, enviadas para campos de concentração, despojadas de toda a dignidade humana, e diante de todas as atrocidades, a ONU em 1948, publicou a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Lynn Hunt (2009, p. 204) assevera que “o compromisso com os direitos humanos ainda não estava nem um pouco assegurado. A Carta das Nações Unidas de 1945 enfatizava as questões de segurança internacional e dedicava apenas algumas linhas ao “respeito e cumprimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Mas

ela criou uma Comissão dos Direitos Humanos, que decidiu que sua primeira tarefa devia ser o esboço de uma carta dos direitos humanos.

Flávia Piovesan (2014, p. 43), descreve que:

com efeito, no momento que seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito.

A tese de que os indivíduos não têm direitos, mas apenas deveres em relação à coletividade, na medida em que estes deveres são estipulados *ex parte principis*, sem controle e uma participação de cunho democrático dos governados, levou, no totalitarismo, à negação do valor da pessoa humana enquanto “valor fonte” da ordem jurídica. Ora, este “valor fonte” da tradição, que afirma a dignidade do homem graças à “invenção dos direitos humanos”, na interação histórica entre governantes e governados teve, e continua tendo, como função, na perspectiva *ex parte populi*, servir de ponto de apoio para as reivindicações dos desprivilegiados (LAFER. 2009, p. 133).

A participação popular teve como base o princípio da dignidade humana, no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa, baseado na liberdade e igualdade, e pensando também no benefício de toda a coletividade. Não admitindo nenhuma discriminação, como por opinião, crença, sexo, classe social, entre outros direitos.

Foi com base a um repúdio às atrocidades cometidas contra a humanidade que a Organização das Nações Unidas, órgão criado em 1948, aprovou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, descrevendo os direitos considerados fundamentais, sendo que muitos desses direitos, já integravam as outras declarações históricas anteriores.

Como seus predecessores do século XVII, a Declaração Universal explicava num preâmbulo por que esse pronunciamento formal tinha se tornado necessário. "O desrespeito e o desprezo pelos direitos humanos têm resultado em atos bárbaros que ofenderam a consciência da humanidade" (HUNT, 2009, p. 205).

Em um momento histórico, a Declaração dos Direitos do Homem, marca a internacionalização dos direitos humanos, que nas palavras de André de Carvalho Ramos afirmam, “que os regimes totalitários além de violar os direitos dos próprios nacionais, também praticava políticas internacionais de agressão. Reconheceu-se então, uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses

dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional” (RAMOS, 2014, p. 56).

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Lynn Hunt (2009, p. 206) ainda nos ensina que “A Declaração Universal não reafirmava simplesmente as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e providenciava o sufrágio universal e igual por votação secreta. Além disso, requeria a liberdade de ir e vir, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar e, com mais controvérsia, o direito à segurança social; o direito de trabalhar, com pagamento igual para trabalho igual, tendo por base um salário de subsistência; o direito ao descanso e ao lazer; e o direito à educação, que devia ser grátis nos níveis elementares”.

A INFLUÊNCIA NA TEORIA DA JUSTIÇA

Os caminhos percorridos pela civilização tiveram grandes transformações na sociedade, na economia, na religião e na política. Esses caminhos tiveram que ser encontrados para que fosse assegurado ao homem o respeito da sua dignidade contra os desmandos do Estado.

Foram grandes os avanços, mas houveram inúmeros e grandes retrocessos, e foram travadas muitas lutas buscando a igualdade, com enfrentamento das desigualdades, tentando um equilíbrio para o desenvolvimento humano mais igualitário possível, para alcançar um mundo mais justo.

Uma das metas praticáveis da justiça como equidade é fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e, assim, responder à questão de como entender as exigências da liberdade e da igualdade (RAWLS, 2003, p. 6 e 7).

Por isso é importante o estudo para a compreensão do mundo jurídico, ainda mais quando se trata daqueles direitos essenciais à pessoa humana. Não será possível compreender os direitos humanos e os direitos fundamentais sem fazer sua ligação com a história. Os direitos não surgem como uma revelação ou como uma descoberta repentina de uma sociedade ou de um grupo, mas foram construções ao longo dos séculos, não apenas de pesquisa acadêmica ou de bases teóricas, mas principalmente das lutas contra o poder, contra o despotismo e a tirania.

O entendimento de Norberto Bobbio (2004, p. 5) é de que “Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Tem-se utilizado inúmeras expressões para identificar os direitos essenciais à pessoa humana, tais como direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais. A expressão direitos humanos é utilizado para designar os direitos antes de sua positivação pelas constituições e tem sido muito utilizada pela doutrina para identificar os direitos inerentes à pessoa humana na ordem internacional, e a expressão direitos fundamentais deve ser utilizado para identificar o seu reconhecimento dentro de um ordenamento jurídico específico, sendo o reconhecimento de tais direitos frente a um poder político, geralmente reconhecidos por uma constituição.

Assim, consideramos os direitos humanos como aqueles direitos que tutelam os direitos da pessoa humana tanto individualmente como em seu convívio social, em caráter universal, sem obstáculos e sem fronteiras independente de qualquer positivação. Porém os direitos fundamentais surgem para a humanidade quando inseridos dentro de um ordenamento jurídico específico e assim positivado, geralmente garantidos em normas constitucionais impostas a um Estado.

Nos dizeres de Flávia Piovesan (2014, p. 46) é que “fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado ao Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”.

Como nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 29):

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção e de que o “termo direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua

vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Os direitos fundamentais ganharam importância, tanto na esfera internacional quanto no ordenamento jurídico interno de cada Estado que passaram a enxergar os direitos fundamentais sob visão da isonomia presente nos direitos fundamentais, e sua previsão foi de sempre uma limitação do poder estatal, sempre respeitando a liberdade individual.

Mesmo percorrendo um caminho durante séculos, com muitas lutas até atingir o momento atual, ainda não alcançamos o que sempre almejamos. Ainda se tem um caminho muito longo a percorrer, apesar de colher bons resultados, mas ainda longe de chegar a um fim, onde todos os direitos estejam realmente efetivados.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 135), a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em toda as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Como conceito material, os direitos fundamentais nada mais são do que posições jurídicas necessárias à satisfação, à concretização da dignidade da pessoa humana. Sendo a dignidade da pessoa humana o núcleo dos direitos fundamentais. A doutrina majoritária defende que o ponto essencial dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta doutrina tem como pensamento, que os direitos fundamentais tem como garantia implícita, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É uma tarefa difícil quando se tenta definir o que são os direitos fundamentais, sob um enfoque histórico e social. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não são considerados como valores universais e atemporais, que se originam de uma razão natural, mas são entendidos como frutos de uma construção histórico-cultural, com bases em valores expressos em princípios. As diversas correntes de pensamento buscam um fundamento para os direitos fundamentais com a finalidade de garantir o seu cumprimento de maneira universal, porém, esses direitos sofrem modificações em cada momento histórico de acordo com as necessidades e interesses da sociedade, sendo interpretada, sofrendo influências culturais e ideológicas de cada povo naquele momento, com isso criam inúmeras dificuldades para se criar um rol universal dos direitos fundamentais.

Para Bobbio (2004, p. 24), os direitos humanos seriam frutos de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtivo buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à

categoria de fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar.

Nas palavras de John Rawls (1997, p. 3-4): A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.

Os direitos fundamentais concebeu ao homem a liberdade e a igualdade, de modo equitativo, deixando todos os homens em condições de igualdade, em uma sociedade de pessoas livres.

Nos argumentos de John Rawls, somente um modelo de governo ideal pode estabelecer dois sistemas consensuais entre as diversas doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes presentes nas sociedades democráticas modernas, com o objetivo de contribuir com a democracia e sua concepção de justiça com manifesto senso de justiça, com uma proposta para ser implementada nas sociedades democráticas constitucionais modernas.

Onde houver situações conflituosas, deverão as pessoas interessadas, terem os princípios de justiça como algo a ser buscado e que possibilite estabelecer restrições quando definirem os direitos e os deveres.

Para John Rawls (2003, p. 20), “partimos da ideia organizadora de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. Os termos equitativos de cooperação social provêm de um acordo celebrado por aqueles comprometidos com ela”.

Se as pessoas estiverem situadas em posições similares podem vir a reconhecer restrições e limitações nas suas práticas comuns quando necessitarem estabelecer um acordo. A justiça como equidade não deve ser vista como uma teoria restrita à um modo de produção específico, mas contribuir com uma sociedade democrática.

Como descreve John Rawls, (2003, p. 20 e 21), “Os termos equitativos de cooperação social provêm de um acordo celebrado por aqueles comprometidos com ela. Um dos motivos por que isso é assim é que, dado o pressuposto do pluralismo razoável, os cidadãos não podem concordar com nenhuma autoridade moral, como um texto sagrado ou uma instituição ou tradição religiosa. Tampouco podem concordar com uma ordem de valores morais ou com os ditames do que alguns consideram como lei natural. Portanto, não há outra alternativa melhor senão um acordo entre os próprios cidadãos, concertado em condições justas para todos.

Após vários conflitos em que se cometeram toda a forma de atrocidades contra o ser humano, com a Declaração dos Direitos do Homem tivemos o início do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, passando a prever e a assegurar todas as garantias no que concerne ao respeito dos princípios básicos da vida em sociedade.

Porém, não podemos deixar de citar que durante toda a história, a humanidade buscou de alguma forma conquistar os seus direitos básicos. Foram muitos os pensadores que com suas grandes obras, nos deixaram um legado para servir de base para a luta pelos direitos humanos.

Também devemos mencionar que outras declarações foram de suma importância para os direitos humanos, que ajudaram o homem a se livrar da tirania do Estado, que até então, tinha poderes absolutos, não existindo nenhum parâmetro para o despotismo e os desmandos estatais.

Decerto que os direitos reconhecidos à pessoa humana sem nenhuma distinção da sua capacidade, de seu caráter, cor da pele, ou de suas preferências pessoais, sejam elas religiosas, ideológicas, filiação partidária, sexo, ou de qualquer outra espécie, são frutos de uma longa evolução histórica.

Do mesmo modo, os direitos humanos não significam mera autolimitação do Estado, mas sim são frutos de longas lutas e revoluções, e do próprio caminhar do processo histórico que trouxe a humanidade até o presente momento.

Portanto, pode-se afirmar que o rol dos direitos fundamentais vem aumentando a cada dia de acordo com a evolução da humanidade. Descubrem novas tecnologias, novos conhecimentos, e também surgem deste processo novos direitos considerados essenciais à pessoa humana.

Atualmente existe uma ampla proteção estatal, tais como a questão da proteção ao meio ambiente, do livre desenvolvimento da personalidade, direito de propriedade, e diversos outros que vão nascendo conforme a civilização humana avança.

Com a Declaração dos Direitos do Homem, também se fez possível a cooperação social com o pressuposto do pluralismo razoável, fazendo com que os cidadãos possam discordar de qualquer ato abusivo do Estado, podendo optar por ordens de valores religiosos, morais, e buscando uma sociedade mais justa e digna para todos.

CRÍTICAS AOS DIREITOS HUMANOS

Alguns pensadores no século XX, fizeram várias críticas aos direitos humanos, entre eles estão Joaquín Herrera Flores e Michel Villey e Norberto Bobbio.

Para Joaquín Herrera Flores: “Essa compreensão de que os direitos humanos estão postos e já estancados em tratados e convenções, é uma especial preocupação da teoria crítica, pois assim sendo, não há mais o que se avançar. Não obstante, leva a uma ideia de que não são necessários novos direitos, tampouco não ocorre um questionamento e uma reflexão acerca daquilo que já foi positivado. Segue o raciocínio questionando os *jusfilósofos* que pensam a teoria tradicional de direitos humanos” (LEMOS, 2019).

Alega que existem milhões de excluídos pois faltam instrumentos de luta e de efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como Direitos Humanos da imensa maioria da população mundial desprovida de tais garantias fundamentais. E que as alternativas ao modelo de globalização hegemônica somente serão construídas a partir de uma combinação de atitudes políticas capazes de desmoronar a ideologia-mundo da classe dominante e de seus governantes.

O grande esquecimento, ou, melhor dito, a Grande Ocultação na qual se baseia nossa cultura é que tudo é produto de pactos, de convenções, de arranjos éticos e institucionais, a partir dos quais se solucionarão as dificuldades que impõe a realidade (os sistemas de relações sociais, psíquicas e naturais) aos seres humanos em seu afã por sobreviver e humanizar-se. Os nomes das coisas são puras convenções. Não são atualizações de alguma essência imutável e afastada da infinita capacidade humana de auto contradizer-se, de auto diferenciar-se e, como não, de auto impor-se obrigações em relação aos outros, com nossa própria psique e com a natureza (2009, p.79).

Nesse sentido, a cultura é considerada uma alteração para um dado da realidade e reporta Herrera Flores:

Todo produto cultural surge numa determinada realidade, ou seja, num específico e histórico marco de relações sociais, psíquicas e naturais. Não há produtos culturais à margem do sistema de relações que constitui sua condição de existência. Não há produtos culturais em si próprios. Todos surgem como respostas simbólicas a determinados contextos de relações. Dito isso, os produtos culturais não só estão determinados por tal contexto, mas, por sua vez, condicionam a realidade na qual se inserem. Esse é o circuito de reação cultural (2009, p. 89).

Bobbio afirma:

a quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer ainda é longo. Ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado (2004, p. 44).

É contundente a afirmação de Villey (2007, p. 166):

Os Direitos Humanos não chegou aos Gulags, nas torturas de El Salvador, nos enforcamentos de Komeini, em crianças esqueléticas, em meninas de doze anos vendidas na Tailândia a donos de bordéis. Você responderá que esses horrores nada têm de novo e que a história já viu outros assim. Mas preste atenção que o homem de hoje foi criado para as ideias de progresso, de felicidade, e da técnica das previdências, ao passo que, antigamente, as crenças no diabo, no pecado, na penitência e na “cruz” etc. faziam aceitar a pílula. O choque é muito mais perturbador! (VILLEY, 2007, p. 166).

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, a constatação de que todos possuem os mesmos direitos foi defendida e implementada de diversas maneiras, visando construir sociedades que vivessem em harmonia.

Direitos naturais, direitos fundamentais, direitos humanos e outras qualificações para os direitos que o ser humano precisa para garantir uma vida com dignidade, são defendidos a nível mundial e são formalizados e aplicados graças às teorias jurídicas.

Nobres foram os primeiros pensadores e filósofos que iluminaram o mundo com seus ideais de igualdade e fraternidade. E nobres também foram todos os demais que lutaram e lutam para que os direitos humanos alcancem todas as pessoas.

A justiça é o pilar mais importante e que garante a aplicação das leis para a defesa dos direitos humanos.

No Brasil, na atualidade, presenciamos no cotidiano que os Direitos Humanos não alcançaram o seu objetivo. Noticiam constantes agressões aos direitos mais básicos do brasileiro. A violência como método de aplicação da justiça, como as incursões dos agentes da lei, que tem como objetivo principal proteger o cidadão, mas as constantes subidas aos morros das grandes cidades, com o objetivo de combater a criminalidade, no qual o resultado são verdadeiras chacinas, desrespeitando os que vivem naquelas

comunidades, com rajadas de fuzis, vôos rasantes de helicópteros, como se todos aqueles que lá residem, fossem criminosos, merecendo o mais repugnante tratamento.

Os direitos humanos também não chegaram para os desvalidos, em um país que ainda submetem pessoas às degradantes condições análogas a escravidão, utilizando pessoas humildes, desrespeitando os direitos mais básico, que é o seu direito a um trabalho digno, para prover o seu sustento e de suas famílias.

Ainda, as condições que tratam os nossos povos originários, quando governos genocidas não prestam o mínimo de assistência, deixando morrer desnutridos, doentes, quando este mesmos governos déspotas, fazem conluios com desmatadores e garimpeiros ilegais, que invadem as suas terras, desmatando, poluindo suas águas com mercúrio e ainda, expulsando os nativos de suas terras ou exterminando etnias inteiras, por mera ganância.

Por fim, no mesmo entendimento de Norberto Bobbio, temos no Brasil, o nosso choque perturbador, nas mazelas sociais, dos esquecidos ou indesejados por nossa política, ainda, no conceito de que “bandido bom é bandido morto”, esquecendo do respeito aos Direitos Humanos, atingindo sempre a camada mais pobre e mais desprovida dos humanos direitos.

REFERÊNCIAS

AQUINO, S. T. **Vida e Obra**, Tradução de Carlos Lopes de Mattos, Bauru-SP, Editora Nova Cultural, 1996.

BARROS, S. R. **Direitos Humanos, Paradoxo da Civilização**, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**, 10ª Reimpressão, Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 8ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**, 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

FLORES, J. H. **Teoria crítica dos direitos humanos: Os Direitos Humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

HOBBS, T. **Leviatã**, Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997.

LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2009.

LEMOS, E. X. **Revisitando Herrera Flores: Compreensões acerca da Teoria Crítica de Direitos humanos**, 2019. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/revisitando-herrera-flores-compreensoes-acerca-da-teoria-critica-de-direitos-humanos/>> Acesso em: 12 mar. 2023.

LOCKE, J, **Vida e Obra**, Tradução de Anoar Aiex, São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

HUNT, L, **A invenção dos direitos humanos: Uma história**, tradução Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**, 5ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

RAMOS, A.C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, 4ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**, Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª Edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 1997.

_____. **Justiça Como Equidade: Uma Reformulação**, Organizado por Erin Kelly Tradução Claudia Berliner; Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita, 1ª Edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, J-J. **Do Contrato Social**, Tradução de Lourdes Santos Machado, São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997.

SARLET, I. W. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 12ª Edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2015.

VILLEY, M. **O Direito e os Direitos Humanos**, Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 1ª Edição, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2007.