

OS DIREITOS HUMANOS E A INSUFICIÊNCIA DAS TEORIAS TRADICIONAIS
SOBRE O SEU FUNDAMENTO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA OBRA DE
CARLOS SANTIAGO NINO

HUMAN RIGHTS AND THE FAILURE OF TRADITIONAL THEORIES ABOUT YOUR
BACKGROUND: AN APPROACH FROM THE WORK OF CARLOS SANTIAGO NINO

Joice Graciele Nielsson¹

Resumo

O presente texto trata do debate jurídico acerca da fundamentação dos direitos humanos. Inicialmente situa os direitos humanos no contexto histórico atual, reafirmando a pertinência e urgência da busca por uma fundamentação para esta categoria, realizando uma abordagem das duas teorias clássicas que pretenderam dar respostas a tais questionamentos, quais sejam, o Jusnaturalismo e o Juspositivismo. Considera enfim que tais teorias são insuficientes para abarcarem a complexidade da sociedade atual, e a situação de paradoxos que os direitos humanos enfrentam. Aponta, por fim, para a tese da fundamentação ética/moral de Carlos Santiago Nino como uma alternativa possível e viável para fundamentar os direitos humanos.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Fundamentos; Princípios; Moral; Ética.

Abstract

This paper deals with the legal debate about the foundations of human rights. Initially human rights situation in the current historical context, reaffirming the relevance and urgency of the search for a rationale for this category, performing a classical approach of the two theories that sought to provide answers to these questions, namely, the natural law and the juspositivism. Finally considers that such theories are insufficient for public spaces span the complexity of modern society and the situation of human rights paradoxes that face. Pointing, finally, to the thesis of moral/ethics Carlos Santiago Nino as a possible and viable to support human rights alternative reasoning.

Keywords: Human Rights; Fundamentals; Principles; Moral; Ethics.

1. Introdução

No momento histórico que vivemos, o tema dos direitos humanos afirmou-se em todo o mundo sob a marca de profundas contradições. No entanto, a despeito delas, é

¹ Doutoranda em Direito DINTER UNISINOS/FURB, Mestre em Desenvolvimento UNIJUI, professora do DCJS UNIJUI.

inquestionável a relevância que vem adquirindo para a compreensão da inserção do homem na sociedade política em que vive.

Tendo em vista esta relevância adquirida, o presente estudo pretende sistematizar o debate jurídico acerca da fundamentação dos direitos humanos. Inicialmente, contextualiza as discussões atuais acerca dos direitos humanos neste início do século XXI, e a relevância da retomada, no atual momento histórico, da reflexão sobre sua razão de ser, seu fundamento.

Neste sentido, tem-se que a reflexão jusfilosófica contemporânea caracteriza-se por uma mudança de paradigma teórico que busca uma reaproximação entre Direito, Moral e Ética ou seja, impõe uma análise normativa do direito que adiciona a preocupação com sua legitimação ou justificação à anterior preocupação exclusiva com dimensões institucionais de vigência e validade das normas jurídicas.

Dessa forma, vencidos os questionamentos sobre a pertinência e possibilidade de fundamentação dos direitos humanos, apontam-se as duas grandes matrizes históricas que tradicionalmente pretenderam dar respostas a tais questionamentos: o Jusnaturalismo e o Juspositivismo.

No entanto, no atual cenário da reflexão jusfilosófica contemporânea, tais abordagens não podem mais ser consideradas suficientes, dado o contexto e complexidade da sociedade atual, apontando para a necessidade de uma estratégia de legitimação dos direitos humanos que busque superar a dicotomia tradicional entre Direito Natural e Direito Positivo. Esta alternativa, de acordo com este estudo, é a fundamentação Ética, a qual considera direitos humanos como direitos morais, a partir da teoria do filósofo argentino Carlos Santiago Nino.

2. O século XXI e os direitos humanos

O tema dos direitos humanos tem adquirido cada vez mais destaque e relevância no mundo contemporâneo, principalmente pós Segunda Guerra, tanto em discursos políticos quanto acadêmicos, em um cenário marcado por um amplo compromisso de povos e Estados no sentido de formalizar meios capazes de evitar a ocorrência de novas barbáries. É, portanto, de acordo com Duarte (2002), 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 legisladores do pós guerra, 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 daquilo que Konrad Hesse (1991) chamou de efetiva força normativa de uma constituição.

No entanto, neste mesmo período, nesta “era dos extremos” do século XX, o tema dos direitos humanos afirmou-se em todo o mundo sob a marca de profundas contradições, promovendo uma situação de aporias e paradoxos, nas palavras de Vicente Barreto (2002, p. 499). Segundo o autor,

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.

Pode-se dizer que, de um lado, cumpriu-se a promessa anunciada na modernidade, de universalização da ideia do ser humano como sujeito de direitos anteriores e superiores a toda organização estatal. Porém de outro, a humanidade sofreu com o surgimento dos Estados totalitários, o mais formidável empreendimento de supressão planejada e sistemática dos direitos do homem, de toda a evolução histórica.

De um lado, o Estado do Bem-Estar Social pareceu concretizar, definitivamente, o ideal socialista de uma igualdade básica de condições de vida para todos os homens. De outro, no entanto, o neoliberalismo deste fim de século demonstrou quão frágil é o princípio da solidariedade social, base dos chamados direitos humanos da segunda geração, diante do ressurgimento universal dos ideais individualistas.

Assim, a tríade revolucionária de 1789, liberdade, igualdade e fraternidade, embora tenha por certo iluminado os caminhos de reflexão por longo tempo, hoje já enfrenta críticas em relação a sua suficiência como resposta às questões atuais (DUARTE, 2002). O quadro de incertezas provocado por um mundo altamente globalizado e marcado pelo risco, pelo terrorismo, pela violência urbana, pelo crescimento tecnológico e por uma multiplicidade de culturas, têm apontado à ideia universalizante de direitos humanos, e a ela imposto o desafio

complexo de sua implementação e mais ainda, de uma adequada justificação e fundamentação.

A este cenário, acrescente-se também a questão da própria indefinição semântica do termo direitos humanos, apontada por Vicente Barreto (2002), para quem o emprego da expressão se tornou muito abrangente e por consequência, impreciso, podendo se referir a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, e significando, muitas vezes, manifestações emotivas em face da violência e da injustiça. Esta multiplicidade de usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, a sua prática.

Alguns autores utilizam a expressão ‘direitos humanos’ como sinônima de ‘direitos naturais’, sendo que os primeiros seriam a versão moderna desses últimos. Outros empregavam a expressão como o conjunto de direitos definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro. Alguns, ainda referem-se à ideia dos direitos humanos como normas gerais, relativas à prática jurídica, que se expressariam através dos princípios gerais do direito.

Claro é, que o emprego abrangente das mesmas palavras certamente contribuiu para sua imprecisão conceitual e para a confusão dos fundamentos comuns para o seu uso diverso. Esse conflito, entre valores universais, textos legais e práticas político-jurídicas fez com que os direitos humanos passassem a ser considerados como promessa utópica, fadada a desaparecer no mundo etéreo dos ideais não cumpridos (BARRETO, 2002). E o debate acadêmico sobre a temática expressou, até pouco tempo atrás a descrença nas possibilidades objetivas dos direitos humanos servirem como núcleo de uma ordem jurídica e política que impedisse as violações dos direitos da pessoa.

Porém, nos lembra Barreto (2010), a descrença intelectual não se refletiu no sentimento de revolta do homem comum, que em diversos países tem expressado a sua repulsa às formas de violações de direitos. Deste modo, apesar de sua abrangência, as discussões, tanto acadêmicas como políticas, referentes aos direitos humanos, são sempre relevantes como ferramenta do mundo ocidental para a proteção às intempéries e mazelas humanas. Nas palavras de Carlos Santiago Nino (1989, p. 01, tradução nossa):

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 freqüência ameaça a vida humana. Sabemos, embora preferamos 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.

Diante deste cenário, a interrogação e o debate sobre os fundamentos dos direitos humanos acabou se impondo ao jurista, ao juiz e ao legislador neste início de século XXI, em virtude da conscientização crescente da sociedade civil no que se refere aos seus direitos fundamentais. E a constante inquietude sobre o tema, em vez da estagnação, levou a uma abordagem a partir de dois planos epistemológicos, visando um melhor enquadramento do recorte dos objetos temáticos e a constituição de sua dialética relação.

Sobre estes planos epistemológicos, Barreto (2002, p. 506) afirma que, no primeiro nível, “examina-se a questão de sua fundamentação” tradicionalmente considerada secundária; e no segundo, examinam-se os mecanismos de garantia e prática dos direitos humanos, “tema que ocupa de forma crescente a atenção do pensamento jurídico e social contemporâneo”.

Estes planos epistemológicos conduzem a dois pontos de análise: o primeiro refere-se a uma discussão se há ou não fundamentos filosóficos para os direitos humanos. Prevalendo a resposta afirmativa, passa-se ao o segundo ponto, onde se analisará e definirá qual é a natureza destes fundamentos. Deste modo, primeiramente, no âmbito deste estudo, analisaremos a pertinência da fundamentação dos direitos humanos.

3. Direitos Humanos: fundamentar é preciso?

O debate teórico atual sobre a fundamentação dos direitos humanos possui um amplo lastro de discussão. De acordo com Perez Luño (1999), de um lado, a visão prevalescente no século XX consagrou teóricos voltados para a implementação, garantia e aplicabilidade dos mesmos, autores que consideram o debate sobre fundamentos inútil, como os adeptos de concepções positivistas, ou sem conteúdo, de acordo com os realistas. Para eles, pode-se constatar que, no decorrer da história, os desrespeitos aos direitos humanos foram e são incessantes, e o cerne do tema passaria de uma questão da busca por uma justificação para a luta por sua concretização.

Para eles, a busca de fundamentos absolutos é irrelevante, importando apenas a proteção efetiva dos direitos humanos, e não a sua fundamentação que, por sua vez, remeteria a análises de abrangência e da complexidade da moralidade e da racionalidade que estariam fora do âmbito do direito. É neste sentido que, segundo Barreto (2002, p. 506), 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 meta jurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica”.

Exemplo desta posição é a conhecida afirmação de Norberto Bobbio (1992), para quem, referente aos direitos humanos, quando buscamos a sua enunciação, o acordo é obtido com facilidade, independente da convicção sobre seu fundamento absoluto. No entanto, quando se trata de passar a ação, ainda que seja inquestionável o seu fundamento, começa as reservas e oposições. Deste modo, para ele, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-lo, mas de protegê-los, tratando-se de um problema político, não filosófico. Tal visão foi preponderante no direito positivista do final do século XIX e primeira metade do século XX.

No entanto, acontecimentos marcantes fizeram com que o Direito passasse a rever sua pretensão de pureza e trouxeram novamente ao debate a necessidade de busca de fundamentos universais. Isto porque passou-se a consagrar uma ampla legislação internacional e nacional sobre o tema, expandindo o domínio dos direitos humanos, que deixaram de ser exclusivamente uma forma de direito pessoal e passaram a expressar, também, direitos sociais, econômicos, culturais e políticos, que se afirmam no processo de liberalização e democratização da maioria das sociedades e dos Estados contemporâneos. Contribuiu também, para isso, própria conscientização crescente da sociedade civil quanto aos seus direitos, neste final de século.

Neste sentido, guerras, genocídios e demais acontecimentos do século XX tornaram emergencial uma reflexão teórica, a partir de uma filosofia política, com novos fundamentos normativos, capazes de levar em consideração os acúmulos críticos de nossa civilização, buscando novos parâmetros e paradigmas.

Essa perspectiva permitiria ou mesmo produziria rupturas, mas sob a égide da elaboração de princípios fundamentais garantidores de um mínimo ético a ser respeitado pelo direito. Vários filósofos políticos do século 20, como Rawls, Habermas, Tugendhat, e Carlos Santiago Nino, realizam esta reflexão, sustentando que os direitos humanos são direitos de natureza moral. Ou seja, direitos humanos, nas sociedades contemporâneas, tornam-se cada vez mais o ‘medium’ do direito positivo que se pretende legítimo, conectado com a moral.

É a tentativa do pensamento social contemporâneo de identificar os direitos humanos fundamentais como a “norma mínima” das instituições políticas, aplicável a todos os Estados que integram uma sociedade dos povos politicamente justa (RAWLS, 2001). Os direitos

humanos, para Rawls, diferenciam-se assim das garantias constitucionais dos direitos da cidadania democrática, e exercem três papéis principais:

- Sua observância representa a condição necessária para que seja legitimado um regime político e aceita a sua ordem jurídica;
- O respeito a eles, no direito interno das nações representa condição suficiente para que se exclua a intervenção em assuntos internos por outras nações e, finalmente;
- Os direitos humanos estabelecem um limite último ao pluralismo entre os povos.

Fundamentar os direitos humanos é, no atual cenário de mudança de paradigmas, uma necessidade cada vez mais acentuada na doutrina jurídica, implicando na identificação das teorias ideológicas que explicam e influenciam seu conceito, finalidade, características e amplitude ao longo do tempo.

Deste modo, fixadas a necessidade da busca de uma fundamentação para os Direitos Humanos, a fim de garantir sua universalidade, passamos a analisar as duas correntes históricas mais importante que refletiram sobre o tema: a) a fundamentação jusnaturalista, que consiste na consideração dos direitos humanos como direitos naturais; b) a fundamentação historicista ou positivista, que consiste na consideração dos direitos humanos a partir do processo histórico e reconhecimento e positivação dos direitos culturalmente incorporados, pelo Estado, ao patrimônio do indivíduo.

4. As Duas Teorias Clássicas de Fundamento dos Direitos Humanos

Tradicionalmente, os questionamentos a respeito da pertinência e relevância das discussões sobre fundamentação dos direitos humanos têm remetido à clássica discussão entre partidários do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Apesar da pluralidade de variações internas existentes em cada uma das correntes (GOYARD – FABRE, 2002), pode-se afirmar que, basicamente o que diferencia ambas, é a recorrência a elementos metafísicos, ou seja, elementos que não podem ser apreendidos pelos sentidos, situados além do mundo físico por parte dos jusnaturalistas, e sua rejeição por parte dos positivistas.

4.1. A Fundamentação Jusnaturalista dos Direitos Humanos

A fundamentação jusnaturalista faz parte da matriz objetivista (DUARTE, 2008), a qual reúne as correntes de pensamento que pregam a existência de fundamentos. Estes, são

identificados com valores, que existem universal, absoluta e objetivamente, ou seja, são um conhecimento *a priori*, com validade independente da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa.

Segundo Nino (1989), desde muitos séculos, muitos teóricos tem defendido a tese de que os direitos humanos tiveram origem não na ordem jurídica positiva, mas em um direito natural, ou seja, em um sistema normativo que se caracteriza pelo fato de que o critério segundo o qual certas normas pertencem ao sistema não está baseado em atos contingentes ou ditados, ou no reconhecimento por parte de certos indivíduos, senão em sua justificação intrínseca.

A teoria do jusnaturalismo ou direito natural se desenvolveu dentro de duas grandes correntes históricas: a primeira, chamada por Euzébio Fernández (1984) de jusnaturalismo tradicional, de fundamentação absoluta, ou conhecida como escola clássica, teve como expoentes os pensamentos de Aristóteles e São Tomás de Aquino; e a segunda, conhecida como direito natural moderno, de corte racionalista, foi desenvolvida por filósofos como Grotius, Hobbes, Locke e Kant

A escola clássica, segundo Bedin (2006), teve seu berço na Grécia Antiga, onde se desenvolveu a ideia da existência de leis não escritas que consistiam, tanto no costume juridicamente relevante, quanto nas leis universais de caráter religioso, gerais e absolutos que eram respeitadas uniformemente por todas as nações. Tais crenças levaram filósofos como Heráclito de Éfeso e Sófocles a formularem vários questionamentos sobre a possibilidade da existência de um direito superior à legislação positiva estabelecida pela vontade do soberano. Como marco dessa ideia, tem-se a famosa Tragédia de Antígona, cuja discussão central evidenciou o desenvolvimento da ideia da existência de um sistema de normas (leis divinas) ou princípios superiores ao direito criado pelo soberano ou pelo Estado, que revelariam um ideal de justiça universal e imutável.

Aristóteles, de acordo com Bittar (2003), trouxe novas contribuições para a evolução desse pensamento, afastando o caráter religioso das leis não escritas. Ele defendia a existência de uma ordem superior e universal de normas (chamadas por ele de lei comum) que exprimiam um ideal de justiça, proclamado e aceito por todos, que seria encontrado na simples observação racional da natureza das coisas. Já do Direito Romano veio a criação do instituto jurídico *jus naturalis* (direito natural), com o qual os romanos procuraram determinar um conjunto de valores comuns a todos os seres humanos, independente de sua cultura, crença ou modo de vida.

Posteriormente, o desenvolvimento da doutrina cristã traz uma nova concepção do homem, equiparando-o à imagem e semelhança de Deus. A partir daí, a escola clássica do direito natural passou por uma nova mudança de fundamentação, com seus teóricos utilizando a visão teocêntrica do mundo para definir o ideal de justiça. Destacou-se, nesse período, o pensamento de São Tomás de Aquino, que defendia a existência de um lugar natural para todas as coisas no mundo, em virtude da determinação de uma ordem divina da natureza, ou seja, da vontade de Deus (COMPARATO, 2001).

A partir do século XVII, uma nova fase do direito natural é inaugurada, marcando o início da escola jusnaturalista moderna, de corte racionalista. Esta volta seu foco ao ser humano, para colocá-lo na posição de centro do universo e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos naturais inatos. Destacam-se John Locke, um dos maiores idealizadores desse novo pensamento, e as contribuições de Kant (1980, p. 184) que concebia cada indivíduo como “*um fim em si mesmo*” e, por isso, provido de dignidade, o que impede o aviltamento da pessoa à condição de coisa.

Para Fernández (1984), foi a partir das ideias do jusnaturalismo racionalista que os defensores da fundamentação jusnaturalista passaram a equiparar os direitos humanos ao direito natural, sendo que estes passaram a ser concebidos como categoria inerente à natureza humana, que possui validade em si e não depende do reconhecimento estatal, cujo único papel é o de reconhecê-los e protegê-los, e não legitimá-los.

Desse modo, tais direitos, antes de serem positivados nas Declarações de Direitos e nas Constituições, constituem verdadeiros direitos morais, intrinsecamente relacionados com a própria existência da humanidade e de seu desenvolvimento histórico, político, econômico e social. São direitos universais, válidos universalmente, inalienáveis, imprescritíveis, e, que garantem a dignidade do homem perante os demais e também sua autonomia, emancipação e liberdade frente ao poder do Estado. Para Fernández (1984, p. 93 e 04), as três características mais relevantes da fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos seriam as seguintes:

a) a origem dos direitos naturais não é de Direito Positivo, senão um tipo de ordem jurídica distinta do Direito Positivo, ou seja, o Direito Natural; b) tanto a ordem jurídica natural como os direitos naturais deduzidos são expressão e participação de uma natureza humana comum e universal para todos os homens; e, c) no que se refere a existência desses direitos, os direitos humanos existem e o sujeito os possui independentemente do seu reconhecimento ou não por determinada ordem jurídica.

Nesse sentido, segundo NINO (1989, p. 16, tradução nossa), o jusnaturalismo pode ser defendido por duas teses fundamentais:

a) que há princípios que determinam a justiça das instituições sociais e estabelecem parâmetros de virtude pessoal que são universalmente válidos independentemente do seu reconhecimento efetivo por certos órgãos ou indivíduos; b) que um sistema normativo, ainda quando seja efetivamente reconhecido por órgãos que tem acesso ao aparato coativo estatal, não pode ser qualificado como direito se não satisfazer os princípios aludidos no ponto anterior.

Portanto, de forma conclusiva, a fundamentação jusnaturalista afirma os direitos humanos como direitos naturais, e, defende o jusnaturalismo como teoria que explica e dá a fundamentação da existência do direito natural.

Cabe ressaltar ainda 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, como uma espécie de Direito Natural que acompanha e se adapta as mudanças sociais. Como esclarece Fernández (1984, p. 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.

Finalmente, em relação às críticas que a busca por uma fundamentação absoluta, são muito próximas das críticas proferidas ao próprio Direito Natural². Sua pretensão de atribuir ao direito natural uma superioridade jurídica ao direito positivo, foi considerada ingênua. E sua busca por direitos decorrentes da *natureza humana* é, para os críticos, uma tarefa obscura e turbulenta, pois tal conceito é impreciso e varia de acordo com o conjunto axiológico de quem a descreve e do momento histórico em que a análise é construída.

Mais ainda, segundo Pérez-Luño (1999), sua pretensão de criar uma categoria de direitos humanos universais, absolutos e imutáveis é um grande problema, uma vez que acarretaria a criação de um código de valores impessoais, baseado em uma ética comum e geral que culminaria por desconectar os direitos humanos de seu suporte antropológico, desligando-os definitivamente dos contextos sociais e históricos. Isto levaria a dificuldades práticas diante de conflitos entre direitos humanos.

4.2. A Fundamentação Historicista/Positivista³ dos Direitos Humanos

² Para uma abordagem mais pormenorizada, ver FERNANDÉZ (1984, p. 95-100).

³ Também denominada por alguns autores como Subjetivista (Fernanda Duarte, 2002) ou ainda, de não cognitivistas (PEREZ LUÑO, 1999).

Nesta vertente estão reunidas todas as escolas que negam ser possível justificar os direitos humanos a partir de juízos de valores morais, pois estes não podem ser empiricamente comprovados, uma vez que são frutos da subjetividade de quem os emite. Portanto, ao expressarem 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 do que falácias (DUARTE, 2008).

Teóricos do historicismo sustentam o abandono da tese jusnaturalista, que considera direitos humanos como universais, para compreendê-los como direitos do homem na história, e que surgem para o atendimento de suas necessidades, contextualizadas em cada momento específico (PEREZ LUÑO, 1999). Por esta ótica, tais direitos não decorrem da natureza humana, mas das necessidades humanas variáveis e relativas a cada conjuntura histórica e de acordo com os desafios sociais de um dado momento.

Exponente da corrente historicista, para Norberto Bobbio (1992), os direitos humanos são direitos históricos, conquistados ao longo dos tempos, na medida da evolução e necessidade da própria sociedade, daí resultantes o estudo e a teorização dos direitos humanos em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Para o autor italiano, 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 corroborar sua ideia, apresenta três argumentos principais: em primeiro lugar, a expressão “direitos humanos” é muito vaga e mesmo indefinível; em segundo lugar, trata-se de uma categoria variável conforme as épocas históricas, ademais, além de indefinível e variável, os direitos humanos formam uma categoria heterogênea.

Encerra, por fim, sua tese (1992) afirmando que a discussão sobre a natureza e o fundamento dos direitos humanos perdeu importância e foi solucionada desde a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Neste momento, materializou-se um consenso geral acerca da validade de um sistema de valores humanamente fundados, a partir do qual pode-se ter certeza de que os seres humanos compartilham, pela primeira vez na história, valores comuns e universais.

A abordagem historicista tem o mérito de descrever, de maneira precisa, a evolução e o desenvolvimento dos direitos humanos, oferecendo uma visão geral acerca de quais foram as condições históricas que motivaram sua aparição e do subsequente reconhecimento dos mesmos nos textos jurídicos. Seus defensores compreendem os direitos humanos como

históricos, não absolutos, e, segundo Bobbio, carregados de valores que expressam uma concordância de ideias em determinado período temporal.

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 faz com que qualquer ideia imutável e universal do justo, que pretendesse fundamentar condutas fosse considerada artificial. Por isso, acaba caracterizando-se pelo progressivo esvaziamento da milenar tradição da análise do justo e injusto no seio do pensamento jurídico, afastando assim, qualquer forma de preocupação com os fundamentos éticos e racionais da ordem jurídica, considerando esta uma tarefa impossível. É a concepção que informa todo o esforço metodológico do chamado juspositivismo ou positivismo jurídico.

Interessante a passagem de Jean Bergel (2001, p. 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 ideia imutável e universal do justo é, em consequência, artificial.

Resumidamente, o positivismo jurídico pode ser conceituado como a corrente de pensamento do direito crítica aos juízos de valor, fundamentando os direitos pelo conhecimento científico, similares aos das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, destituídas de valoratividade, sendo rigorosos na exclusão axiológica (BOBBIO, 1995).

Desta forma, cabe destacar que, tanto para o historicismo quanto para o positivismo, ou seja, para a matriz subjetivista, 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, eis que é descartada a possibilidade de estabelecer premissas racionais para justificá-los (DUARTE, 2008).

“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, p. 136). Resta apenas, ao positivismo jurídico, analisar as técnicas formais de positivação, através das quais esses direitos ganham status normativo nos ordenamentos jurídicos, dos distintos sistemas políticos.

Tudo isto significa, a rigor, que a afirmação de autênticos direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do direito, o qual 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. (COMPARATO, 2014).

Comparato (2014) formula severas críticas à esta recusa do positivismo em reconhecer uma fundamentação superior aos direitos humanos. Para o autor, conforme restou duramente demonstrado pelas experiências totalitárias do século XX, a grande falha teórica do positivismo, é sua incapacidade ou 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, 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. Da mesma forma, 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 (COMPARATO, 2014).

É exatamente neste ponto que, claramente a questão do fundamento dos direitos humanos se impõe, uma vez que sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que essa se baseie numa Constituição. Por isso, embora possamos concordar que as teses positivistas possam ser, em determinadas ocasiões “úteis para evidenciar a falta de rigor de algumas tentativas doutrinárias dirigidas para a fundamentação dos direitos humanos” (LUÑO, 1999, p. 136), estas dificilmente poderão 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 resultantes da história e da cultura, contingenciais e precários, sujeitos à própria evolução do sistema social, político e jurídico, o que pouco contribui para a defesa de sua universalização.

Cabe destacar aqui que, de acordo com Fernández (1984, p. 100), as principais diferenças entre a fundamentação jusnaturalista e a fundamentação histórica/positivista dos direitos humanos, consistem em que:

[...] a) no lugar de direitos naturais, universais e absolutos, fala-se de direitos históricos, variáveis e relativos; b) no lugar de direitos anteriores e superiores a sociedade, se fala em direitos de origem social provenientes do resultado da evolução da sociedade.

Nesta incursão acerca dos fundamentos dos Direitos Humanos, realizada até o momento, pode-se verificar que a grande questão colocada à luz da Filosofia do Direito ainda mantém vivo o já antigo debate entre Direito Positivo e Direito Natural. Esta dualidade é uma das mais famosas antíteses da Filosofia do Direito, distinguindo entre o respeito à lei e o respeito à justiça, de modo que, na busca histórica por fundamentos, as tendências ou abordavam uma postura de ceticismo metodológico científico das diversas correntes do positivismo, ou abraçavam o absolutismo de valores imutáveis e o *a priori* de correntes jusnaturalistas.

5. A Insuficiência das Duas Teorias Tradicionais de Fundamentação dos Direitos Humanos

Uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade - do direito em geral e dos direitos humanos em particular - já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica - a natureza - como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias (COMPARATO, 2014).

Para definir a especificidade ontológica do ser humano, sobre a qual fundar a sua dignidade no mundo, segundo Comparato (2014), a antropologia filosófica moderna acabou estabelecendo um consenso sobre algumas características próprias do homem: a liberdade como fonte de vida ética, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a unicidade existencial do ser humano.

Este conjunto de valores, que diferenciam o homem de qualquer outro ser da natureza, como já destacado por Kant, demonstram que todo homem tem dignidade e não um preço,

como as coisas. O homem como espécie, e cada homem em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Vista sob outro ângulo, a dignidade do homem consiste em sua autonomia, isto é, na aptidão para formular as próprias regras de vida. A dignidade transcendente é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, independentemente das qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social, ou qualquer coisa. Daí decorre a lei universal de comportamento humano, em todos os tempos, que Kant denomina de imperativo categórico: “age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como um fim e jamais como um meio”.

A partir do que foi visto até o momento, temos que a reflexão filosófica sobre a fundamentação dos direitos humanos deverá, inexoravelmente, se ancorar em uma discussão a respeito da justificação ou legitimação desses direitos sujeitos a avaliação moral, de modo que o debate filosófico a respeito dos direitos humanos acabará por residir no âmbito da ética. Importante destacar que, esta reflexão ética determinante para a fundamentação moral dos direitos humanos está predominantemente submetida ao paradigma kantiano da razão prática, de modo que o esforço da filosofia atual em fundamentar os direitos humanos está fortemente vinculado à fundamentação moral kantiana. (LUNARDI, 2011).

Ocorre que, como vimos, a análise crítica do direito, da moral e da justiça foi ocupada, durante grande parte do século XX, por um rígido formalismo, que encontrou na teoria pura do direito de Hans Kelsen a sua expressão mais sofisticada. As relações entre valores morais, ordem jurídica e justiça, que deitam as suas raízes na tradição do pensamento do Ocidente, ressurgiram, entretanto, como *vexata quaestio* (BARRETO, 2010) nos conflitos culturais, sociais e políticos que ocorrem nas sociedades contemporâneas.

Desse modo, percebemos a exigência ética dos direitos humanos, presentes nos acontecimentos recentes do século 21, expressa no fenômeno da “constitucionalização do Direito”, localizado em todos os Estados da atualidade e em suas relações supranacionais que reivindicam exigências de legitimidade e justificação para além da legalidade de sua normatividade jurídica. Esse fato, que se encontra presente em todas as sociedades democrático-contemporâneas, torna mais urgente a recuperação do pensamento kantiano para que se possam encontrar os argumentos constitutivos do discurso jurídico no estado democrático de direito.

Nesse ponto é que, segundo Barreto (2010), a lição da filosofia kantiana contribui para a compreensão dos rumos da sociedade globalizada e para a construção de uma ordem

jurídica com conteúdo moral e jurídico, como condição de controlar e humanizar o processo globalizador. Os direitos humanos atendem, assim, à necessidade apontada por Kant (1980), de atribuir ao direito, e não a um instrumento de poder universal a função de assegurar uma paz justa. Para tanto, o desafio consiste em pensá-los como uma força normativa que existe independente de sua identificação com o poder soberano, isto porque reflete os valores morais fundantes da vida social.

6. Uma Nova Perspectiva sobre A Fundamentação dos Direitos Humanos

Tendo como pressuposto a insuficiência das teorias tradicionais de fundamentação, quais seja, o jusnaturalismo, o positivismo, passamos a analisar aquela que consideramos ser a proposta mais adequada às necessidades e ao contexto histórico da nossa atual pós-modernidade: a proposta de fundamentação ética dos direitos humanos (FERNANDÉZ, 1984), que passa a considerar direitos humanos como *direitos morais*, alicerçada em uma *moralidade básica*, constituída de valores axiológicos indispensáveis para a garantia de uma vida digna.

Nesta fundamentação, os direitos humanos aparecem como direitos morais, como exigências éticas de direitos que os homens tem pelo fato de serem homens, e, portanto, com um direito igual a seu reconhecimento, proteção e garantia por parte do poder político e jurídico. Direitos esses iguais, obviamente embasados na propriedade comum de todos eles enquanto seres humanos e iguais, independentemente de qualquer contingência histórica ou cultural, característica física ou intelectual, poder político ou classe social (FERNANDÉZ, 1984).

A expressão aqui utilizada, direitos morais é recente, nascida em meados do século XX, para determinar as exigências do indivíduo, segundo valores morais básicos, como a dignidade da pessoa humana. Seus defensores resgatam a ideia de direitos humanos anteriores e superiores ao Estado de Direito, e que devem ser, portanto, reconhecidos e respeitados por todos em qualquer parte do mundo.

Nessa proposta, os direitos humanos assumem a característica de bens morais, inerentes a todos os seres humanos, razão pela qual são anteriores ao próprio direito positivo, que tem o papel de declarar, proteger e garantir a efetivação dessa categoria. Contudo, embora a sua positivação afastada do campo da fundamentação, seus seguidores reconhecem que os

direitos morais somente alcançam o status de direitos humanos quando são incorporados aos ordenamentos jurídicos.

Portanto, para a fundamentação ética dos direitos humanos tem-se como ponto de partida que a fundamentação dos mesmos não pode ser apenas jurídica, mas baseada em valores, em uma fundamentação ética ou axiológica. Esta fundamentação ética consiste na consideração destes direitos como direitos morais, entendidos como o resultado de uma dupla vertente, ou seja, ética e jurídica. Eusébio Fernández (1984, p. 107 e 108), reforça esta linha de pensamento, afirmando que o termo direitos morais,

[...] seria a síntese entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas ou valores e os direitos humanos entendidos paralelamente como direitos. O adjetivo “morais” aplicado a “direitos” representa tanto a idéia de fundamentação ética como uma limitação ao número e conteúdo dos direitos que podemos compreender dentro do conceito dos direitos humanos. Desta forma, somente os direitos morais, ou seja, os direitos que tem mais a ver intrinsecamente com a idéia de dignidade humana, podem ser considerados como direitos humanos fundamentais. O substantivo “direitos” expressa a idéia de que os direitos humanos estão entre as exigências éticas dos direitos positivos, mas também, a necessidade e pretensão de que, para sua “autêntica realização”, os direitos humanos estejam incorporados no ordenamento jurídico, ou seja, que cada direito humano como direito moral corresponda paralelamente a um direito no sentido estritamente jurídico do termo.

Partindo deste prisma, o fundamento ético dos direitos humanos tem o mérito de identificar que essa categoria tem como base os valores morais diretamente relacionados à dignidade humana que podem ser ampliados com os acontecimentos históricos. Portanto, seus adeptos reconhecem que o papel do ordenamento jurídico jamais será o de fundamentar esses direitos, mas declará-los, protegê-los e efetivá-los. E o problema da fundamentação ética dos direitos humanos tem a ver, assim, com a busca de argumentos racionais e morais, que justifiquem sua pretensão a uma validade universal.

7. A Proposta de Fundamentação dos Direitos Humanos como Direitos Morais de Carlos Santiago Nino

Como vimos, a tentativa de fundamentação dos direitos humanos permaneceu, durante muito tempo, presa à dicotomia Direito Natural/Direito Positivo. Carlos Santiago Nino busca dar um passo a frente nesta discussão, apresentando uma fundamentação ética, ou seja, moldando o conceito de direitos humanos a partir de uma concepção precisa de moralidade.

É neste aspecto que o filósofo argentino propõe a ideia de reconstrução racional⁴ do conceito dos direitos humanos, sendo estes considerados como direitos morais. Para ele, “É indubitável que os direitos são um dos maiores inventos de nossa civilização” (1989, p. 15, tradução nossa), no entanto, isto não significa dizer que direitos humanos assim se constituem apenas quando positivados e reconhecidos por organizações estatais. Ao contrário, a crença de que esse reconhecimento jurídico é a via mais segura para o progresso de tais direitos constitui um sério obstáculo à sua evolução e efetivação.

O caminho aponta, assim, para a necessidade da generalização de uma consciência moral em favor dos direitos humanos, a qual seria alcançada através de um discurso racional, conferindo-lhes maior eficácia e longevidade. A simples consagração prática desses direitos não seria suficiente, sendo necessária uma fundamentação que lhe mantenha firme frente às afirmações opostas a sua necessidade e importância.

Neste ponto, Nino busca definir a espécie de direitos humanos de que fala a partir da ideia de direito natural e das críticas feitas a ela pelo positivismo jurídico, já abordadas em tópicos anteriores, dentre elas a suposta impossibilidade de um reconhecimento efetivo ou real do direito natural, ou seja, dos princípios fundamentais que orientam e justificam a justiça das instituições sociais e da produção normativa estatal.

Quanto às críticas emitidas pelos céticos morais, considerando que a maioria dos que questionam a categoria conceitual dos direitos morais são céticos em matéria ética, poderiam sustentar que o que se impugna são relações normativas estabelecidas por normas existentes. Mas isto, segundo Nino, é um argumento absurdo, pois afirmar que as normas morais seriam inexistentes tornaria, em todo caso, também inexistentes as relações que elas estabelecem (NINO, 1989).

Para Nino, conforme esclarece Añón (1994), os direitos humanos seriam direitos estabelecidos por princípios morais. E as características que os definiriam são as seguintes: a) sua existência está dada por sua validade ou aceitabilidade, e não por seu reconhecimento efetivo ou aceitação real por certos indivíduos. Consequentemente, não são princípios de uma moral positiva, mas de uma moral crítica ou ideal que pode ou não ter vigência em algum âmbito; b) são princípios aceitáveis como justificção final de condutas, e portanto, quando se trata de valorar uma ação que está compreendida em seu domínio, não há princípios de outra classe que prevaleça sobre ele; c) os princípios morais podem valorar qualquer conduta (NINO, 1989). Partindo destas características, o problema que se coloca, de acordo com Añón

⁴ Segundo Nino, a chamada reconstrução racional “inicia com uma caracterização provisória da noção em questão, levando em consideração traços que a priori se supõe relevantes” (NINO, 1989, p. 13 tradução nossa).

(1994, p. 215, tradução nossa), “estaria em determinar estes princípios a que se refere e, também, quem e como pode-se considerá-los válidos”.

Antes de analisarmos as questões colocadas por Añón, é importante frisar que todas as formulações de Nino sobre os direitos humanos, só podem ser compreendidas dentro de um contexto teórico mais amplo, que consiste em sua filiação filosófica a uma determinada concepção meta-ética. Em um nível meta ético, as doutrinas que defendem os direitos morais são cognitivistas, uma vez que buscam a possibilidade de existência de juízos racionais sobre questões morais. A teoria meta-ética⁵ a que Nino se adscrive é aquela denominada por John Rawls (2002) de construtivismo ético.

O construtivismo ético de Nino (1989b) encontra-se na mesma linha de outros autores que pretendem superar as teorias da justiça não cognitivistas, seja através do construtivismo moral, a exemplo de Rawls, ou da recuperação da razão prática, como Habermas e Apel. Dentro do construtivismo ético, se posiciona no que chama de “construtivismo epistemológico” que se encontra, segundo Añón (1994) no plano ontológico, entre o individualismo e o coletivismo (no meio do caminho entre as posições de Rawls e de Habermas), e no plano epistemológico, entre o elitismo e o coletivismo: a verdade moral parece constituída não pelo resultado, mas pelos pressupostos da prática intersubjetiva do discurso moral. “Dado que estes pressupostos exigem a imparcialidade, é extremamente difícil que se sejam levados em conta os interesses de outros, a não ser mediante sua participação na discussão coletiva” (NINO, 1989b, p. 14, tradução nossa).

O construtivismo ético constitui, assim, a base teórica que possibilita justificar racionalmente princípios morais normativos, como os princípios de caráter liberal fundamentados por Nino, inspirada em precursores como Hobbes e Kant, e em autores contemporâneos Rawls, Habermas e Peter Singer.

Neste sentido, pode-se descrever de forma resumida, o modo como o construtivismo ético determina os princípios morais que servem para fundamentar os direitos. De acordo com Nino (1989b), a ideia central do construtivismo ético é que os juízos morais se justificam sobre a base de pressupostos procedimentais no contexto da prática social do discurso moral, que tem pressupostos estruturais adaptados a suas funções sociais. Dessa forma, para ele, o

⁵ Para Nino (1999) o nível do discurso moral da Meta-ética, Ética teórica ou Ética analítica, todas as teorias sobre o significado dos conceitos e juízos morais, trata o estudo da possibilidade de justificar racionalmente os juízos de valor, ou seja, se há alguma forma de demonstrar que um juízo de justiça ou bondade moral é verdadeiro ou válido de tal modo que esta demonstração seja, a princípio, acessível a qualquer pessoa normal que estivesse nas condições adequadas para analisar o significado de termos como ‘justo’, ‘bom’, ‘dever’, ‘juízo de valor’, e de efetuar classificações de teorias éticas e, geralmente, de elaborar conceitos eticamente adequados.

consenso obtido em uma discussão moral real, embora não seja constitutivo de princípios morais válidos, é um bom indício para saber quais são estes, já que a unanimidade entre todos os interessados fornece uma boa garantia de imparcialidade.

Neste ponto, para a compreensão da teoria dos direitos morais de Nino torna-se importante reconhecer qual moral é capaz de garantir tal fundamentação. Trata-se, segundo ele, de uma moral crítica/ideal, que se difere da moral positiva/vigente. O objetivo de traçar tal diferenciação, segundo o autor é o de defender a moral dos relativismos, que vinculam os juízos morais a juízos meramente contingentes, variáveis entre as sociedades, assim como do positivismo moral, para o qual os padrões morais são determinados pela maioria da sociedade.

Deste modo, a desconfiguração da distinção entre moral positiva (social) e moral ideal (crítica) acaba promovendo o esvaziamento do próprio conceito moral. A moral positiva, na conceituação do autor (1989, p. 93, tradução nossa) é “o produto da formulação e da aceitação de juízos com os quais se pretende alcançar princípios de uma moral ideal”. Sem a pretensão de atuar e julgar conforme uma moral ideal, portanto, não haverá moral positiva.

As regras da moral positiva emergem de discursos em que se formulam juízos – princípios – que tangem à moral ideal, e não à uma moral social. Os juízos que se referem a uma moral positiva descrevem fatos, não são capazes de expressar razões operativas para justificar uma ação. No entanto, a moral ideal consegue justificar a escolha de atos e decisões.

Deste modo, Nino (1989) destaca que a única diferença entre os juízos da moral ideal e os da moral positiva é a validade dos primeiros e a aceitabilidade social dos segundos. No entanto, não é correta a ideia de uma dissociação total entre ambas, uma vez que uma compreensão adequada da moral vigente em uma sociedade pode contribuir para esclarecer as condições que as teorias morais devem satisfazer para serem consideradas válidas. E neste sentido, um dos principais instrumentos utilizados pela moral é o discurso moral, que possui uma característica fundamental: a proteção à autonomia da vontade. Como sustenta Kant (1980), o valor da moral da ação não é o medo ou a inclinação, mas o respeito voluntário à lei. Desta forma, para Nino (1989, p. 109, tradução nossa),

[...] no discurso moral estão excluídos argumentos, formas de persuasão ou técnicas de motivação baseados na obediência dogmática a certas autoridades – humanas ou divinas – recurso a ameaças de danos ou a ofertas de benefícios, o engano, o condicionamento através da propaganda.

Têm-se, assim, que os princípios de direitos humanos são moralmente caracterizados, uma vez que se originam no discurso moral, o qual,

[...] constitui uma técnica para convergir certas condutas e determinadas atitudes [...] com base na coincidência de crenças em razões morais; essa convergência de ações e atitudes, que se pretende obter mediante a coincidência de crenças que a discussão moral tende a lograr, satisfaz, evidentemente, as funções de reduzir os conflitos e facilitar a cooperação (NINO, 1989, p. 103, tradução nossa).

E o discurso moral, se estrutura com base nos seguintes elementos: consenso, autonomia, imparcialidade, verdade e democracia. Com relação a busca de um consenso, Nino indica alguns aspectos estruturais – que também foram, em sua grande maioria, assinalados por outros autores, Thomas Nagel, John Rawls – como condições mínimas a serem satisfeitas para que o consenso se origine da livre aceitação dos princípios norteadores de condutas. Portanto, tais princípios de conduta, devem ser públicos, gerais, supervenientes e universais.

São gerais, pois as propriedades e relações genéricas que determinam casos relevantes devem ter conteúdo fático, de tal forma que as circunstâncias do caso, que conduzem à sua própria solução, sejam acessíveis a todos. Os princípios são supervenientes, pois decorrem das circunstâncias de fato. E por fim, devem ser universais, uma vez que, se admitirmos que alguém possa justificar suas ações e atitudes com base em certo princípio aplicável ao caso, então qualquer potencial participante do discurso moral também pode justificar suas ações e atitudes com base no mesmo princípio. Isso porque a justificação de suas ações e atitudes, com base em um determinado princípio aplicável ao caso concreto, não se diferencia, em relação às suas propriedades essenciais, de outra justificação, em que o mesmo princípio é empregado (BARBOSA-FOHRMANN, 2012).

Por fim, o discurso moral não cumpriria sua função se os princípios de conduta, que são aceitos através dele, não fossem hierarquicamente superiores a outras razões. Eis aí a característica precípua que diferencia os princípios morais. O autor (1989, p. 111, tradução nossa), desta forma atesta esta supremacia axiológica afirmando que “eles são causas finais na justificativa de uma ação: nenhuma outra razão pode prevalecer sobre eles, desprezam qualquer outra razão, quando são aplicáveis”.

O discurso é, portanto, um meio distinto de alcançar o consenso da aceitação de princípios de conduta, uma vez que, como vimos, a validade de certo ordenamento jurídico não pode fundar-se em regras desse mesmo sistema jurídico, mas deve derivar de princípios externos ao próprio sistema. Dos princípios de conduta, emergem um grupo de direitos individuais básicos, os direitos humanos. Estes princípios, enfim, de acordo com Nino (1989), são o princípio da autonomia, o princípio da inviolabilidade e o princípio da dignidade da pessoa, os quais ele considera serem a base de uma concepção liberal de sociedade.

Para tentar justificá-los, o autor se fundamenta na ideia de equilíbrio reflexivo amplo, que decorre do equilíbrio reflexivo elaborado por John Rawls (2002). Através desta ideia, a filosofia moral tenta alcançar um equilíbrio entre certas convicções intuitivas e determinados princípios gerais, desqualificando ou alterando os que não satisfazem às nossas convicções mais firmes e abandonando aquelas que não podem ser justificadas por princípios plausíveis.

Nino adota esse equilíbrio reflexivo de forma mais ampla, do qual resulta convicções intuitivas particulares, princípios substantivos gerais que incidem sobre as convicções e as regras formais do discurso moral que permitem derivar tais princípios. Seu objetivo é, portanto, abordar princípios gerais que justifiquem nossas convicções sobre soluções justas de casos particulares e, por outro lado, satisfazer as exigências formais do discurso moral.

Segundo Nino (1989), os três princípios por ele elencados estão vinculados entre si. O princípio da autonomia, por exemplo, implica no de dignidade, uma vez que o que determina uma decisão individual como moralmente relevante é o fato de sua materialização integrar o plano de vida do indivíduo, cuja satisfação é valiosa para o princípio da autonomia. É neste sentido que este também pressupõe a dignidade, uma vez que o valor das escolhas do plano de vida impõe que essas decisões sejam atribuídas a esses indivíduos e que sejam respeitadas. Deste modo, o princípio da dignidade prevalece sobre o da autonomia quando justifica restrições consentidas a esta.

E o princípio da dignidade se relaciona com o da inviolabilidade, ao estabelecer que a pessoa não se vê desrespeitada quando o dano ou sacrifício for querido ou consentido pelo indivíduo. Dessa forma, a pessoa não será tratada apenas como um meio para benefício de outrem. Nino resume o funcionamento dos princípios morais dizendo:

[...] assim como o princípio da inviolabilidade estabelece a função dos direitos e o princípio da autonomia o seu conteúdo, o princípio da dignidade é o que está subjacente à dinâmica de tais direitos, pois é o que fundamenta a possibilidade de seus beneficiários operarem com eles, renunciando a algumas das vantagens que teriam direito, em relação a outras, em busca de seus distintos fins (1989, p. 293, tradução nossa).

Pois nesta tríade principiológica articulada, o ser humano se apresenta como o valor por excelência e, para ele, o direito e a ética também se articulam. Os princípios que fundamentam os direitos humanos, são categóricos porque não condicionam a titularidade de tais direitos às condições externas ao próprio ser humano ou social e artificialmente construídas por uma coletividade de seres humanos, tais como nacionalidade, riqueza, religião, gênero e assim por diante.

Estes princípios é que, combinados no espaço de uma sociedade democrática, ordenadora das relações intersubjetivas, irão fundar os direitos humanos, tendo a dignidade humana como fundamento para a plausibilidade epistemológica de um direito dialógico, de modo que, em Nino, direito e a ética devem sempre estar conectados.

8. Conclusão

A partir das observações feitas no presente estudo, partimos da consideração de que direitos humanos constituem-se um tema de relevância inquestionável para a compreensão da inserção do homem na sociedade política em que vive, cuja compreensão não pode se dar fora do campo da ética.

As tentativas históricas de fundamentação travam um acalorado debate, conduzido por percepções que vão desde aqueles que negam essa possibilidade teórica ou mesmo sua utilidade até aqueles que constroem estruturas argumentativas para tanto. De um modo geral, no âmbito da Filosofia do Direito, as discussões sobre a fundamentação dos direitos humanos tradicionalmente acaba remetendo à velha querela entre Jusnaturalistas e Juspositivistas, que, no âmbito deste artigo, é considerada insuficiente para abarcar as necessidades e especificidades do mundo atual. Aponta-se assim para a necessidade de uma estratégia de legitimação dos direitos humanos capaz de superar a dicotomia tradicional entre Direito Natural e Direito Positivo.

A história tem mostrado que direitos humanos não nasceram de qualquer outra razão que não seja da identificação de valores comuns às diversas sociedades, levando a uma releitura da tradição kantiana, na qual leis morais são frutos da razão do homem, sendo universais, e assim, não dependendo da vontade circunstancial de nenhum legislador. Tal fato nos leva a uma releitura das bases em que se assentam os direitos humanos, releitura esta que se processa através da identificação dos argumentos racionais, que possibilitam a construção da fundamentação dos direitos humanos em torno, também de princípios universais, frutos da razão humana.

Tal releitura propõe uma nova fundamentação, a fundamentação ética ou moral, constituída a partir da constatação de que os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que podem ser resumidas na ideia de dignidade humana, sendo considerados como direitos morais.

Direitos humanos como direitos morais implicam uma consciência moral a seu favor, o que, por sua vez, implica um compromisso de segui-los ainda que as leis positivas possam comandar o inverso. Ocorrendo o inverso, corre-se o risco de inviabilizar a reivindicação de normatividade de direitos humanos onde eles são mais necessários, ou seja, onde são ignorados ou francamente violados.

Esta consciência moral pelos direitos humanos é o seu fundamento garantidor, fazendo com que, mesmo a ausência de positivação não só não desobrigue a sua observação por parte dos homens, como também demonstre o caráter radical e revolucionário dos mesmos, ou seja, sua superioridade frente a ordem positiva.

Para tanto, há que se considerar que a legitimação moral do ordenamento jurídico a partir da construção de uma constituição ideal dos direitos se dá a partir de uma compreensão da Filosofia do Direito aberta às indagações políticas, principalmente de cunho moral sobre o conteúdo dos direitos, que devem ser respeitados pelas diferentes constituições históricas, e isto é inovador.

O pensamento jurídico, para Douzinas (2009), condenou o Direito Natural à história das ideias, domesticou a justiça e se tornou uma contabilidade de regras. Para isto, aferrou-se a um fetiche opressor e materialista, consagrado nas leis e venerado por leguleios. E justiça, segundo o autor, fazendo referência a Levinas, pressupõe constante revisão da justiça, expectativa de uma melhor justiça e o mesmo pode ser dito dos direitos humanos. Eles não se condensam em sistemas normativos e dogmáticos, mas pressupõe uma constante revisão, tornando-se os instrumentos da ética.

É neste sentido que a plausibilidade de um diálogo entre os Direitos Humanos e a Ética é fundamentada e atestada por Carlos Santiago Nino de modo inovador e único. Em seu empreendimento, Nino, mantendo um afastamento do jusnaturalismo e da moral natural, se insere na busca de uma fundamentação meta ética para os mesmos direitos, mas levando em consideração a modernidade, o pluralismo e a crise de sentido do homem no mundo contemporâneo.

Integrando os princípios da autonomia, da dignidade e da inviolabilidade da pessoa, tendo por base o seu construtivismo ético, Nino constrói as bases para um diálogo epistemológico plausível entre direitos humanos e ética, inserida no quadro do pós-positivismo jurídico. E apresenta assim, no âmbito de sua meta ética, uma alternativa possível de fundamentação para os direitos humanos.

9. Bibliografia

AÑÓN, José Garcia. **C. S. Nino y los derechos Morales**. Valencia: Anuário de Filosofia del Derecho, XI, 1994.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; MOURA, Bernard Potsch. **Fundamentação Alternativa dos Princípios de direitos humanos, da constituição e dos tratados internacionais**. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 12, n. 12, julho/dezembro de 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

BARRETO, Vicente de Paulo. **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos**. In: Direitos Humanos no Século XXI – Parte I. Rio de Janeiro: IPRI, Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

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

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manole, 2003.

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

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Disponível em: www.iea.usp.br/artigos. Acesso em 25 maio 2014.

COSTAS DOUZINAS. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luiza Araujo, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DUARTE, Fernanda; IORIO Filho, Rafael. **Uma fundamentação suficiente para os Direitos Humanos**. Anais do X VII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008.

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

FERNANDEZ, Eusébio. **Teoria de La Justicia y Derechos Humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1984.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

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

LUNARDI, Giovani Mendonça. **A fundamentação moral dos direitos humanos**. In: R. Katál, Florianópolis, v. 14, n.2, p. 201 a 209, jul/dez 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **Constructivismo Ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989b.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2ª. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1993.