

Para JOHN LOCKE, todos os homens possuem, por natureza, os direitos inerentes, devendo o Estado apenas tutelar tais prerrogativas naturais por intermédio do direito positivo. Dessa forma, podemos distinguir o direito natural do direito positivo, como sendo o primeiro os direitos inatos ao homem e, o segundo, os direitos adquiridos.

Modernamente, o direito natural pode ser entendido como fundamento ao direito positivo, tal como: “dar a cada um o que é seu”, “não lesar ninguém”, “viver honestamente”, “deve-se fazer o bem” etc. Nesse sentido, lembramos das expressões *honeste vivere* (viver honestamente); *alterum non laedere* (não lesar ninguém); *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), são princípios formulados na Instituta de Justiniano, considerada como a definição romana de Direito.³²

Segundo nosso entendimento, o direito natural é o conjunto mínimo de preceitos dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura como um dos princípios de legitimidade do direito. Os direitos naturais são inerentes ao indivíduo, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do direito positivo.

Ante as várias concepções estabelecidas na dicotomia direito positivo e direito natural, podemos estabelecer as principais distinções:

1. O direito natural é universal (tem eficácia em qualquer parte). O direito positivo é singular ou particular à sociedade política de que surge (tem eficácia em determinado local).

2. O direito natural é imutável (no tempo e no espaço). O direito positivo é mutável (no tempo e no espaço). Cabe aqui anotar que alguns entendem que o direito natural pode mudar com o tempo.

3. O direito natural surge da natureza humana, por intermédio da razão, intuição ou da revelação. Por isso, se afirma que o direito natural é dado e não estabelecido por normas ou estatutos. O direito positivo surge do Estado.

32 Digesto 1.1.10 *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito). Digesto 1.1.10.1 *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu). In: MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano...* cit., p. 21.

Das referidas assertivas, extraímos as características fundamentais do jusnaturalismo:

1. A origem dos direitos do homem não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior e suprema, denominada direito natural.

2. Os direitos naturais são a expressão da natureza humana presente em todos os membros da família humana (comum e universal); não é uma concessão graciosa do direito positivo.

3. O direito natural existe independentemente de ser reconhecido ou respeitado pelo direito positivo.³³

O *direito positivo* é o ordenamento jurídico em vigor em determinado país numa determinada época. Representa o regime da vida social corrente. É o direito posto, imposto, positivado pelo Estado. O *direito natural* é o ordenamento ideal correspondente a uma justiça superior e suprema. É o conjunto de princípios preexistentes e dominantes. “O adjetivo natural, aplicado a um conjunto de normas, já evidencia o sentido da expressão, qual seja, o de preceitos de convivência criados pela própria Natureza e que, portanto, precederiam a lei escrita ou direito positivo, normas postas, impostas pelo Estado (*jus positum*)”.³⁴ O direito natural é constituído pelos princípios que servem de fundamento ao direito positivo. São os preceitos de convivência criados pela própria natureza e que, portanto, precedem o direito positivo. Na história verifica-se claramente que os sistemas jurídicos que não foram embasados no direito natural trouxeram consequências desastrosas.

O reconhecimento do direito natural não implica a exclusão de outros fatores e valores sociais que influenciam a realidade jurídica. Daí a importância da fundamentação culturalista.

3.2 *Culturalismo*

Os direitos fundamentais inseridos nos textos constitucionais têm como fundamento os direitos humanos consagrados ao longo da história, surgindo uma consciência moral universal, fruto de uma

³³ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 67-69.

³⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1990. p. 45.

meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".⁴

O citado constitucionalista conseguiu estabelecer os dois sustentáculos primordiais dos direitos humanos: dignidade da pessoa humana e limite de atuação do Estado. Esse último é consectário lógico do Estado de Direito.⁵ Nesse prisma, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS anota que "por direitos humanos entendo um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade".⁶

4 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 39.

5 MORAES, Alexandre de. Direitos humanos das vítimas, *Folha de São Paulo*, 15.02.2002, p. A3: "Os direitos humanos devem ser entendidos como aqueles direitos fundamentais da pessoa humana, considerados tanto em seu aspecto individual como comunitário, que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual, social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, e relacionando-se diretamente com a consagração da dignidade humana. O respeito aos direitos humanos é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito democrático e sua constitucionalização não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela ante o Poder Judiciário, para concretização do Estado democrático de Direito. A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar".

6 RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em julgo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 27; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p. 7: "Direitos humanos representam uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida".

A doutrina indica esse rol de direitos por intermédio das expressões “liberdades públicas”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos do homem”, “direitos naturais”, “valores superiores” e “direitos fundamentais”. Existe uma grande quantidade de palavras que trazem a idéia da categoria de direitos que pretendemos abordar. Todos os termos são análogos, suscetíveis de inúmeros sentidos que guardam semelhança entre si, mas cada um com significado próprio. É preciso distinguir claramente cada um desses significados. Inicialmente, cumpre distinguir direitos humanos e direitos fundamentais.

Os direitos humanos são aquelas cláusulas básicas, superiores e supremas que todo o indivíduo deve possuir em face da sociedade em que está inserido. São oriundos das reivindicações morais e políticas que todo ser humano almeja perante a sociedade e o governo/ Nesse prisma, esses direitos dão ensejo aos denominados direitos subjetivos públicos, sendo em especial o conjunto de direitos subjetivos que em cada momento histórico concretiza as exigências de dignidade, igualdade e liberdade humanas. Essa categoria especial de direito subjetivo público (direitos humanos) é reconhecida positivamente pelos sistemas jurídicos nos planos nacional e internacional.

Os direitos humanos reconhecidos pelo Estado são denominados de direitos fundamentais, vez que via de regra são inseridos na norma fundamental do Estado, a Constituição/ Para KONRAD HESSE, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”.⁷ Com o intuito de limitar o poder político estatal, os direitos humanos são incorporados nos textos constitucionais, apresentando-se como verdadeiras declarações de direitos do homem, que juntamente com outros direitos subjetivos públicos formam os chamados direitos fundamentais. Essa categoria de direito é na realidade uma limitação imposta aos poderes do Estado. Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático; formam a sua base, sendo inerentes aos direitos e liberdades individuais.

7 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 225.

Os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos. Os direitos fundamentais são os jurídico-institucionalizados, garantidos e limitados no tempo e no espaço. “Há autores que defendem uma ambivalência dos direitos fundamentais, na medida em que apresentariam duas dimensões: uma jusnaturalista, na qual os direitos fundamentais seriam prerrogativas pertencentes a todo homem antes da criação do Estado e independentemente dele, identificando-se com os chamados direitos humanos; e uma dimensão juspositivista, em que os direitos fundamentais corresponderiam aos direitos humanos positivados em um determinado sistema jurídico”.⁸ Nesse sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO acrescenta que “é aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos”.⁹

“A expressão direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supranacional, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, significando o pré-positivo, o que está antes do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias em cada um deles”.¹⁰

Direitos humanos é expressão afeta ao direito natural, ao passo que direitos fundamentais é expressão ligada ao direito positivo.¹¹ A

8 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 36.

9 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 56.

10 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 42.

11 NOBERTO BOBBIO, ao tratar do assunto, indica a distinção clássica entre direito positivo e direito natural ou a diferença entre *moral rights* e *legal rights*, comum na linguagem da filosofia anglo-saxônica (*A era dos direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 78-79).

sociedade percorre um longo caminho elegendo os bens jurídicos mais relevantes. Ao longo desse caminho de evolução social, a sociedade política conquista esses direitos que são consagrados na norma fundamental, ou seja, na Constituição; a partir daí, são denominados de direitos fundamentais. Estes são aqueles direitos indisponíveis que o cidadão possui em face do Estado. Os direitos são fundamentais na medida em que estão inseridos na norma fundamental de determinado Estado, ou seja, na Constituição. Os direitos e liberdades fundamentais são os direitos e liberdades protegidas pelas normas de nível constitucional.¹²

Em suma:

Direitos humanos – Direito natural – Indivíduo → Sociedade
 Direitos fundamentais – Direito positivo – Cidadão → Estado

Nessa linha, podemos enumerar algumas definições trazidas por FLÁVIA PIOVESAN:¹³

“Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade” (LOUIS HENKIN, *The rights of man today*, New York, Columbia University Press, 1988, p. 1-3).

12 FAVOREU, Louis, et al. *Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 812, 814: “Les droits et libertés fondamentaux désignent donc simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins. (...) Droits fondamentaux et principes fondamentaux (notamment dans l’expression <<principes fondamentaux reconnus par les lois de la République>>) ne se confondent pas: les droits et libertés fondamentaux sont les droits et libertés protégés par les normes de niveau constitutionnel ou international, dont certaines peuvent effectivement être contenues dans des <<principes fondamentaux>> à valeur constitutionnelle comme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”.

13 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 29.

“Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional” (ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 4. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 48).

“Os direitos fundamentais são centrais aos direitos e liberdades individuais e formam a base de um Estado democrático. Os direitos fundamentais são considerados como essenciais ao processo democrático (VILLIERS, *The socio-economic consequences of directive principles of state policy: limitations on fundamental rights*, 1992).

Os tratados e declarações internacionais, desde a independência americana até os recentes instrumentos, procuram delimitar esse rol básico de direitos:

“Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inerentes, dos quais, ao entrar num estado de sociedade, não podem, por nenhum acordo, privar-se ou despojar-se de sua posteridade; a saber, o gozo da vida e da liberdade, os meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca da felicidade e segurança” (Seção I da Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, Independência Americana).

“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem fundar-se em nada mais do que na utilidade comum. A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (Artigos 1.º e 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – França, 1789).

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com

os outros” (Preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – IX Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948).

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação, uns aos outros, com espírito de fraternidade (Artigo I da Declaração Universal dos Direitos do Homem – Aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, 1948).

A expressão direitos fundamentais está ligada a um rol básico de direitos que surgem do direito natural e da evolução histórica constituindo segundo o consenso social no mínimo que deve ser observado em qualquer sociedade. É dentro dessa perspectiva que encaramos todo o arcabouço jurídico, seja qual o nome que se dê. Denominamos esses direitos absolutos de direitos naturais e, num sentido mais restrito, de direitos da personalidade. Num sentido mais amplo, direitos humanos. Quando reconhecidos pelo Estado, direitos fundamentais. Nesse ponto, entendemos interessante precisar esses conceitos.

Os *direitos humanos* são aqueles válidos para todos os povos, em todas as épocas, se constituindo daquelas cláusulas mínimas que o homem deve possuir em face da sociedade em que está inserido.

Os *direitos fundamentais* são aqueles reconhecidos pelo Estado, na norma fundamental, e vigentes num sistema jurídico concreto, sendo limitados no tempo e no espaço. Num conceito pleno, os direitos fundamentais são aqueles consagrados na norma fundamental e que dizem respeito a preceitos fundamentais, basilares para que o homem viva em sociedade. Afirmar que direito fundamental é apenas aquele reconhecido pela norma fundamental é conceito incompleto, pois nada impede que uma norma que ofenda os direitos humanos ingresse no sistema jurídico sob a denominação de fundamental. A característica essencial desse categoria de direitos é o fato de ser fundamental para o homem na vida em sociedade.¹⁴

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 56-57: “Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional, sob a denominação

Os *direitos do homem* são aqueles inerentes ao homem enquanto tal. É o próprio direito individual. Os *direitos do cidadão*, na acepção técnica do termo, são aqueles pertencentes ao cidadão enquanto membro do Estado. É o próprio direito político.

Os *direitos civis* são aqueles inerentes ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade (*civil rights*, na terminologia da *common law*). A diferença entre direitos civis e direitos políticos corresponde à distinção entre sociedade e Estado. Ora, os direitos civis são reconhecidos a todos aqueles que estão sob o manto protetor do Estado. Os *direitos políticos* são inerentes ao cidadão, ou seja, aquele que participa da vida política do Estado. Os direitos do homem surgem da simples existência do ser, ao passo que os direitos civis e políticos correspondem, respectivamente, a ser membro de uma sociedade ou Estado.

Os *direitos naturais* são inerentes à natureza humana e anteriores ao direito positivo. Os direitos naturais são inerentes ao homem, independentemente da vida social. O *direito positivo* é posto, imposto, positivado pelo Estado.

Os *direitos individuais* são os direitos civis esvaziados dos direitos políticos.

As *liberdades públicas* designam os direitos individuais que exigem uma atividade negativa do Estado. São direitos com a finalidade de defender o indivíduo da ação estatal. Estão ligadas ao *status negativus* da intervenção estatal, com o intuito de defender a esfera individual do cidadão. As *liberdades concretas* realçam a prestação positiva do Estado, como o direito ao voto, à saúde, à educação. No âmbito político, fala-se em *liberdade de participação*.

de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para vigência desses direitos (...) É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procurou mostrar nestas páginas, vem-se expandindo e aprofundando no curso da História”.

Os *direitos da personalidade* são aqueles que surgem dos atributos da pessoa humana, sem os quais a mesma não pode existir. A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa humana. Os direitos da personalidade estão inseridos no rol dos direitos fundamentais. Mas, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos políticos são direitos fundamentais e não se caracterizam como direitos da personalidade.¹⁵ Por sua vez, o direito natural se refere ao indivíduo sob o ponto de vista ontológico, ao passo que os direitos da personalidade consideram a pessoa. O direito natural é afeto à individualidade própria de cada homem. Os direitos da personalidade são afetos à pessoa ou às funções e atividades exercidas pelo homem na vida social. Esse aspecto social no mundo grego era identificado pelo termo *prósopon* e pelos romanos como *persona*, máscara teatral que identificava o personagem. A *persona*, papel do indivíduo na sociedade é denominada de personalidade, surgindo daí os direitos da personalidade. A essência individual do ser humano corresponde à natureza humana, surgindo os direitos naturais.¹⁶

15 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 362: “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informação) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa”; LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 45: “Direitos da personalidade são os direitos do homem que se manifestam em uma dimensão privatista, ainda que de forma indireta, como mostra a doutrina alemã da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros (*drittwirkung*). Abrangem os direitos sobre a própria pessoa (à vida, à integridade física e moral), distintivos da personalidade (nome, imagem) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)”.

16 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 1, p. 58-59: “A palavra *pessoa* advém do latim *persona*, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana. Primitivamente, significava *máscara*. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara,

Os *direitos subjetivos públicos* são aqueles que se exercem ou se operam em face do Estado, ou seja, designam a posição do cidadão na relação jurídica com o Estado.¹⁷ “Reiterando, é o direito subjetivo a autorização dada pela norma de direito objetivo, para que determinada pessoa reclame de outra pessoa, também determinada, o cumprimento de certa prestação. O credor da prestação, ou o sujeito ativo da relação jurídica, tem o direito subjetivo; o devedor, ou o sujeito passivo da relação, tem o dever subjetivo. Se a relação jurídica é de direito privado, temos direitos privados subjetivos; todavia, sendo de direito público, e estando o Estado no pólo negativo da relação jurídica, isto é, como devedor, notamos os direitos públicos subjetivos do indivíduo; caso contrário, ou seja, encontrando-se o Estado no pólo positivo da relação jurídica, observamos os direitos públicos subjetivos do Estado e o dever público subjetivo dos indivíduos. Assim, quando o Estado tributa, expropria, convoca para o serviço militar, exige cumprimento do dever do voto etc.”¹⁸

provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma *persona*, porque fazia ressoar a voz de uma pessoa. Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, complementando a evolução, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representava esses papéis. Nesse sentido é que a empregamos atualmente. A palavra em questão pode ser tomada em três acepções diferentes: vulgar, filosófica e jurídica. Na acepção vulgar, pessoa é sinônima de ente humano. Essa acepção não se adapta à técnica jurídica. Efetivamente, há instituições que têm direitos e por isso são reconhecidas como pessoas e, no entanto, não são entes humanos (as pessoas jurídicas). Por outro lado, já existiram entes humanos que não foram pessoas (os escravos). Na acepção filosófica, pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Nesse sentido, pessoa é o homem, ou qualquer coletividade, que preencha aquelas condições. Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações”.

- 17 A classificação dos direitos subjetivos em públicos e privados tem como fundamento o sujeito ativo da relação jurídica. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Lições de introdução ao direito*. 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 268-269; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 477-485.
- 18 SALVETTI NETO, Pedro. *Curso de teoria do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 164; LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites*

3. Fundamentação dos direitos humanos

Os direitos humanos são aquelas cláusulas mínimas, para que o homem viva em sociedade com dignidade. Na relação indivíduo-sociedade, sempre se verificou a existência de normas que garantissem os aludidos direitos em face da sociedade ou do Estado em que está inserido o indivíduo. Os direitos humanos são limitações contra o forte intervencionismo estatal. O contorno do que hoje se denomina direitos humanos tem sua origem no direito natural e, posteriormente, na luta histórica contra os regimes de opressão, o que desencadeou uma série de valores que, segundo o consenso contemporâneo, devem estar presentes em qualquer sociedade.¹⁹

Desde os primórdios da civilização humana sempre se verificou a existência de um rol básico de direitos que exigiam especial proteção. A fundamentação desses direitos era embasado no aspecto religioso. Nos séculos XVI e XVII se constrói, a partir da doutrina do

ao poder de legislar cit., p. 43: "Direitos públicos subjetivos surgiram dentro da concepção liberal do Estado como uma alternativa técnica à noção de direitos naturais, sendo utilizados para indicar a posição jurídica do cidadão em relação ao Estado. García de Enterría distingue dois tipos de direitos públicos subjetivos: 1) típicos ou ativos: são os que incorporam pretensões ativas do cidadão perante o Estado, abrangendo as prestações de que ele precisa para o desenvolvimento pleno de sua existência individual e identificando-se com os atuais direitos econômicos, sociais e culturais; 2) reacionais ou impugnatórios: surgem para defender a esfera vital do particular perante qualquer atividade estatal ilegal, assistindo-lhe o direito subjetivo de público da paralisação do dano e do restabelecimento da situação anterior e correspondendo aos atuais direitos individuais"; ENTERRÍA, Ernesto García de. *Sobre los derechos públicos subjetivos*. Madri: Reda, 1975. p. 445.

- 19 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais cit.*, 1998, p. 19: "Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder próprio dos Estados e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo".

direito natural, a doutrina dos direitos humanos, o que atualmente conhecemos como direitos humanos de primeira geração, que surge no contexto da formação do Estado Moderno e da transição da sociedade feudal para a sociedade burguesa. Até então, os valores fundamentais para o homem tinham como origem a vontade divina, passando a ser encarada na modernidade como expressão racional do ser humano.²⁰ A laicização do direito natural é fruto da razão humana ou razão natural que surge como novo fundamento dos direitos humanos em lugar do embasamento religioso. A secularização do direito natural se difundiu nos séculos XVII e XVIII como fundamento laico dos direitos humanos, ou seja, um rol básico de direitos, independentemente da crença religiosa, reconhecido por todos os homens.²¹ Há um direito natural, esculpido no coração do homem ou ditado pela razão. LUIS ROBERTO BARROSO resume: “A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: (a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; (b) a de uma lei ditada pela razão”.²²

20 DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 14-15: “As origens mais remotas da fundamentação filosófica dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização humana. No mundo antigo, diversos princípios embasavam sistemas de proteção aos valores humanos marcados pelo humanismo ocidental judaico-cristão e greco-romano e pelo humanismo oriental, através das tradições hindu, chinesa e islâmica. Assim é que diferentes ordenamentos jurídicos da antiguidade, como as leis hebraicas, previam princípios de proteção de valores humanos através de uma leitura religiosa. Durante o feudalismo europeu se constituiu o jusnaturalismo cristão, principalmente a partir do pensamento de filósofos como Santo Tomás de Aquino. A lei humana e os poderes políticos estavam subordinados ao direito divino, segundo o qual a proteção do indivíduo seria exercida pela vontade de Deus expressa nas ações do soberano em seu exercício absoluto do poder”.

21 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 37-41.

22 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, RDA 225/18.

A fundamentação histórica dos direitos humanos pode ser analisada e embasada em dois prismas:

1. Jusnaturalista; e
2. Culturalista (histórico-axiológico).

Esses dois prismas não são encarados como compartimentos estanques; pelo contrário, na sua completude se vislumbra o que hoje identificamos como direitos humanos. “Certo que, na doutrina, dividem-se os estudiosos ao tentar discernir a natureza dos chamados direitos humanos. Travieso, em respeitável obra, afirma ser impossível negar-se a influência do jusnaturalismo na sociedade ocidental, já que a reelaboração da doutrina dos direitos naturais pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII embasa a doutrina do que hoje denominamos direitos humanos. Por outro lado, a positivação desses postulados do jusnaturalismo não retirou, mas, ao contrário, acentuou a sua natureza, da mesma forma que não entra em choque com a concepção historicista dos direitos humanos. Afinal, não se pode igualmente negar a interação dialética entre a idéia de direito natural e direitos decorrentes da evolução da sociedade. Por isso conclui o autor afirmando a necessidade de integrar-se a razão e a história, para a efetivação desses direitos”.²³

Para o jusnaturalismo, os direitos humanos são inerentes, inatos, ou seja, direitos naturais da pessoa humana. São direitos anteriores e se sobrepõem ao próprio direito positivo. Para o culturalismo, os direitos humanos encontram sua fundamentação no prisma histórico-axiológico, surgindo assim dos valores consagrados pela humanidade. Esses axiomas foram nascendo e se sedimentando por intermédio da luta histórica dos mais variados povos, fazendo despertar na consciência coletiva um rol básico de direitos. O ponto fulcral dessa evolução ocorre na segunda guerra mundial.

Em linhas gerais, podemos afirmar que a noção de direitos humanos tem sua origem no direito natural e ganha força e contorno próprio após os horrores perpetrados na segunda guerra mundial. Do direito natural surge a noção de direitos humanos. Mas esse rol de direitos foi evoluindo *pari passu* com a sociedade.

23 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 21.

3.1. *Jusnaturalismo*

A idéia de um direito natural que caminha ao lado de um direito positivo sempre esteve presente na história da humanidade. A dicotomia entre direito positivo e direito natural pode ser tida como antiga. Para alguns, na acepção do Direito Romano, o direito natural (*jus naturale*) era o direito comum a todos os homens e animais, em oposição ao *jus gentium*, que era o direito comum a todos os homens. Em Roma, o direito natural era aquilo que a natureza ensina aos seres. ULPIANO afirmou que o direito natural era aquilo que a natureza ensinava aos homens e aos animais (*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*) e o direito das gentes aquele comum a todos os povos (*ius gentium est quo gentes humanae utuntur*). No latim da época romana, verifica-se o termo *positivus* empregado em sentido análogo de direito positivo. Na verdade, a doutrina aponta a trilogia existente em Roma: *jus naturale* (direito natural), *jus gentium* (direito das gentes) e *jus civile* (direito do cidadão). Nessa esteira, o direito natural correspondia ao *jus gentium* (direito comum a todos os homens e nações) em contraposição ao *jus civile* (direito dos cidadãos romanos), correspondente ao nosso conceito de direito positivo.²⁴ Nesse sentido, o Digesto de Justiniano fazia referência ao direito natural (*ius naturale*), direito das gentes (*ius gentium*) e o direito civil (*ius civile*).²⁵

24 Em Roma, o direito positivo era o direito civil. O direito que cada povo estabelecia para si chamava-se direito civil, porque é o direito da cidade. Em contraposição, o direito das gentes (*jus gentium*) que é o direito de todas as nações.

25 D 1.1.1.3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminea coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer* (O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nascem na terra ou no mar, comum também das aves. Daí deriva a união do macho e da fêmea, a qual denominamos matrimônio; daí a procriação dos filhos, daí a educação. Percebemos, pois, que também os outros animais, mesmo as feras, são guiados pela experiência deste direito).
D 1.1.1.4 *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter*

“O *jus gentium* e os *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*) e o segundo às estatuições do *populus*. Das distinções ora apresentadas, temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*): a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*”.²⁶

Nas Institutas de Gaio não havia a classificação tricotômica, mas uma dicotomia, em que ao *jus civile* se contrapunha o *jus naturale*, confundido com o *jus gentium*. Assim, podemos afirmar que para o Direito Romano o direito natural era o *jus naturale* e o *jus gentium*, o direito conhecido por todos os povos, em oposição ao *jus civile*, ou seja, aquele direito posto e imposto pelo Estado.

CÍCERO encarava o direito natural como uma norma jurídica, dotada de obrigatoriedade pela natureza, universal, imutável e eterna (*Est quaedam vera lex, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*).

No Direito romano já se verificava uma série de interditos, que tinha como finalidade tutelar os direitos individuais em face do direito estatal.

✳ A Lei da Doze Tábuas, como texto escrito, já consagrava a liberdade, a propriedade e a proteção de direitos individuais.

se commune sit (O direito das gentes é aquele do qual os povos humanos se utilizam. O que permite facilmente entender que ele se distancia do natural, porque este é o comum a todos os animais e aquele é comum somente aos homens entre si).

D.1.1.6 *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus* (O direito civil é o que não se afasta no todo do direito natural ou do direito das gentes, bem como não serve a este em todas as coisas. Assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo do direito comum, tornamo-lo um direito próprio, isto é, um direito civil). In: MADEIRA, Hécio Macial França. *Digesto de Justiniano. Liber primus – Introdução ao direito romano*. São Paulo: RT, 2002. p. 18-20.

26 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p.18.

No mundo grego havia a distinção entre aquilo que é natural (*physis*) e aquilo que é estabelecido por convenção humana (*thésis*). Na Grécia houve o desenvolvimento das idéias de um direito natural e de direitos humanos básicos, como a participação política dos cidadãos (democracia direta de PERICLES). Já se despontava a existência de um direito natural no pensamento dos sofistas²⁷ e estóicos,²⁸ como por exemplo o dramaturgo SÓFOCLES, que na obra *Antígona* (441 a.C) defende a existência de normas superiores e imutáveis, ou seja, a existência de um direito natural.²⁹ HERÁCLITO DE ÉFESO encarou a natureza

27 Uma característica marcante do sofismo é o subjetivismo eternizado na proposição de PROTÁGORAS: "O homem é a medida de todas as coisas".

28 BLACKBURN, SIMON. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 128: "(...) o ponto crucial da filosofia estóica era uma ética do consolo através da identificação com a ordem moral imparcial e inevitável do universo. É uma ética da serenidade auto-suficiente e benevolente, em que a paz do homem sábio o deixa indiferente à pobreza, à dor e à morte, assemelhando-se assim à paz espiritual de Deus"; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 15-16: "Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais. Foi, justamente, para explicar essa unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal, ou das atividades que cada qual exerce na sociedade, que os estóicos lançaram mão dos conceitos de *hypóstasis* e de *prósopon*. O primeiro, correlato de *ousia*, que na língua latina traduziu-se por *substantia*, significava o substrato ou suporte individual de algo"; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 119: "Na vertente grega da tradição cabe mencionar o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribui ao indivíduo que tinha a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos".

29 SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Millôr Fernandes. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 22: "Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas

em seu aspecto dinâmico, afirmando que todas as leis encontram seu fundamento na lei divina, surgindo uma norma universal, imutável e eterna.

PLATÃO vislumbrava a lei natural como fonte de produção da lei positiva. Para ARISTÓTELES, se a lei positiva não consagra a justiça, deve-se buscar a lei natural e a eqüidade. Na Retórica, ARISTÓTELES estabelece uma distinção entre lei particular e lei comum. A primeira é aquela inerente a cada povo. A segunda é aquela comum a todos, conforme a natureza.

No judaísmo verifica-se a existência de lei comum a todos, que se estabelecia com as alianças que Deus celebrou com seu povo (Alianças com Noé, Abraão, Isaque e Jacó). No cristianismo surge a idéia de que todos são chamados, não havendo distinção entre os gentios, judeus e gregos.³⁰ Dessa feita, na cultura judaico-cristã se verifica a existência de uma lei natural.

Na Idade Média, o direito natural passou a confundir-se, sob a influência da teologia, com a moral, cuja origem era a Lei Divina. O direito natural era o contido na Lei Mosaica e nos Evangelhos.³¹ A

o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. Eu sei que vou morrer, não vou? Mesmo sem teu decreto. E se morrer antes do tempo, aceito isso como uma vantagem. Quando se vive como eu, em meio a tantas adversidades, a morte prematura é grande prêmio. Morrer mais cedo não é uma amargura, amargura seria deixar abandonado o corpo de um irmão. E se disseres que ajo como louca eu te respondo que só sou louca na razão de um louco”.

- 30 “Pois não há distinção entre judeu e grego, uma vez que o mesmo é o Senhor de todos, rico para com todos os que o invocam” (Rm. 10:12). “Dessarte, não pode haver judeu nem grego; nem escravo nem liberto; nem homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus” (Gl. 3:28).
- 31 Em várias passagens bíblicas verifica-se a existência de uma lei esculpida na consciência e no coração dos homens: “A boca do justo profere a sabedoria, e a sua língua fala o que é justo. No coração tem ele a lei do seu Deus; os seus passos não vacilarão” (Salmo 37:30-31); “Eis aqui estou, no rolo do livro está escrito a meu respeito; agrada-me fazer a tua vontade, ó Deus meu; dentro em meu coração está a tua lei” (Salmo 40:7-8); “Porque esta

própria lei escrita por Deus no coração dos homens. Nessa época, o direito natural passou a ser considerado superior ao positivo, na medida em que não era mais visto como um simples direito comum, mas como norma fundada na vontade divina. Desta visão teológica do direito natural derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista, de considerar o direito natural superior ao direito positivo, em oposição ao positivismo jurídico, que considera que não existe outro direito senão o positivado.

SANTO AGOSTINHO pregava a existência do direito natural fundado por Deus, imutável e universal. Esse teólogo afirmava a existência de duas leis:

1. *Lex aeterna* – lei divina; e
2. *Lex temporalis* – direito positivo.

Segundo TOMÁS DE AQUINO, em sua *Summa Theologica*, existem três espécies de leis:

1. *Lex aeterna* – a lei da razão divina;
2. *Lex naturalis* – a lei natural; e
3. *Lex humana* – a lei do homem.

é a aliança que firmarei com a casa de Israel, depois daqueles dias, diz o Senhor. Na mente lhes imprimirei as minhas leis, também no coração lhes inscreverei; eu serei o seu Deus, e eles serão o meu povo” (Jeremias 31:33); “Farei com eles aliança eterna segundo a qual não deixarei de lhes fazer o bem; e porei o meu temor no seu coração, para que nunca se apartem de mim” (Jeremias 32:40); “Estes mostram a norma da lei gravada nos seus corações, testemunhando-lhes também a consciência, e os seus pensamentos mutuamente acusando-se ou defendendo-se” (Romanos 2:15); “Porque, no tocante ao homem interior, tenho prazer na lei de Deus” (Romanos 7:22); “Vós sois a nossa carta, escrita em nossos corações, conhecida e lida por todos os homens, estando já manifestos como carta de Cristo, produzida pelo nosso ministério, escrita não com tinta, mas pelo Espírito do Deus vivente, não em tábuas de pedra, mas em tábuas de carne, isto é, nos corações” (II Coríntios 3:2-3); “Porque esta é a aliança que firmarei com a casa de Israel, depois daqueles dias, diz o Senhor. Nas suas mentes imprimirei as minhas leis, também sobre os seus corações as inscreverei; e eu serei o seu Deus, e eles serão o meu povo” (Hebreus 8:10); “Esta é a aliança que farei com eles, depois daqueles dias, diz o Senhor: Porei nos seus corações as minhas leis, e sobre as suas mentes as inscreverei” (Hebreus 10:16).

Para JOHN LOCKE, todos os homens possuem, por natureza, os direitos inerentes, devendo o Estado apenas tutelar tais prerrogativas naturais por intermédio do direito positivo. Dessa forma, podemos distinguir o direito natural do direito positivo, como sendo o primeiro os direitos inatos ao homem e, o segundo, os direitos adquiridos.

Modernamente, o direito natural pode ser entendido como fundamento ao direito positivo, tal como: “dar a cada um o que é seu”, “não lesar ninguém”, “viver honestamente”, “deve-se fazer o bem” etc. Nesse sentido, lembramos das expressões *honeste vivere* (viver honestamente); *alterum non laedere* (não lesar ninguém); *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), são princípios formulados na Instituta de Justiniano, considerada como a definição romana de Direito.³²

Segundo nosso entendimento, o direito natural é o conjunto mínimo de preceitos dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura como um dos princípios de legitimidade do direito. Os direitos naturais são inerentes ao indivíduo, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do direito positivo.

Ante as várias concepções estabelecidas na dicotomia direito positivo e direito natural, podemos estabelecer as principais distinções:

1. O direito natural é universal (tem eficácia em qualquer parte). O direito positivo é singular ou particular à sociedade política de que surge (tem eficácia em determinado local).

2. O direito natural é imutável (no tempo e no espaço). O direito positivo é mutável (no tempo e no espaço). Cabe aqui anotar que alguns entendem que o direito natural pode mudar com o tempo.

3. O direito natural surge da natureza humana, por intermédio da razão, intuição ou da revelação. Por isso, se afirma que o direito natural é dado e não estabelecido por normas ou estatutos. O direito positivo surge do Estado.

32 Digesto 1.1.10 *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito). Digesto 1.1.10.1 *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu). In: MADEIRA, Hércio Maciel França. *Digesto de Justiniano...* cit., p. 21.

Das referidas assertivas, extraímos as características fundamentais do jusnaturalismo:

1. A origem dos direitos do homem não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior e suprema, denominada direito natural.
2. Os direitos naturais são a expressão da natureza humana presente em todos os membros da família humana (comum e universal); não é uma concessão graciosa do direito positivo.
3. O direito natural existe independentemente de ser reconhecido ou respeitado pelo direito positivo.³³

O *direito positivo* é o ordenamento jurídico em vigor em determinado país numa determinada época. Representa o regime da vida social corrente. É o direito posto, imposto, positivado pelo Estado. O *direito natural* é o ordenamento ideal correspondente a uma justiça superior e suprema. É o conjunto de princípios preexistentes e dominantes. “O adjetivo natural, aplicado a um conjunto de normas, já evidencia o sentido da expressão, qual seja, o de preceitos de convivência criados pela própria Natureza e que, portanto, precederiam a lei escrita ou direito positivo, normas postas, impostas pelo Estado (*jus positum*)”.³⁴ O direito natural é constituído pelos princípios que servem de fundamento ao direito positivo. São os preceitos de convivência criados pela própria natureza e que, portanto, precedem o direito positivo. Na história verifica-se claramente que os sistemas jurídicos que não foram embasados no direito natural trouxeram conseqüências desastrosas.

O reconhecimento do direito natural não implica a exclusão de outros fatores e valores sociais que influenciam a realidade jurídica. Daí a importância da fundamentação culturalista.

3.2. Culturalismo

Os direitos fundamentais inseridos nos textos constitucionais têm como fundamento os direitos humanos consagrados ao longo da história, surgindo uma consciência moral universal, fruto de uma luta

33 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 67-69.

34 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas introdutórias ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1990. p. 45.

histórica, onde foi sendo sedimentado o aspecto axiológico dos direitos humanos. A partir do momento que os direitos humanos são reconhecidos pelo Estado, são erigidos à categoria de direitos fundamentais, na medida em que são inseridos na norma fundamental. Os direitos humanos foram definidos como aquele rol básico de direitos que os indivíduos devem possuir em face da sociedade em que estão inseridos. Mas, com a evolução social foram surgindo novos direitos. O conteúdo dessas cláusulas mínimas surge do consenso contemporâneo. É certo que a noção de direitos humanos evolui junto com a sociedade. Com as mudanças e conquistas sociais foram surgindo novas exigências. A doutrina costuma indicar este conceito por intermédio da denominação direitos de primeira, segunda e terceira geração.

A justiça e o direito são o resultado permanente da tensão social,³⁵ resultado este jamais definitivo, porque sempre renovado. O direito é fruto do fato social. O ideal de justiça, de certo modo, também. A noção do que é justo surge com as novas exigências e necessidades sociais. O justo é mutável na medida em que mudam as realidades a que se refere este critério de justiça. O direito vai se realizando com as transformações sociais.

A noção de direito é mutável, mesmo os denominados direitos humanos evoluíram com o tempo. Mas, neste ponto não podemos nos esquecer de valores que são imutáveis, supremos e universais,

35 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 36-37 e 54. FÁBIO KONDER COMPARATO ressalta a tese de sofrimento e surgimento dos direitos humanos. "Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos (...) Ao emergir da II Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos".

como a vida, liberdade, honra etc. É a dimensão jusnaturalista, pelo qual os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos.

O núcleo básico³⁶ dos direitos humanos é algo absoluto. São direitos universais, imutáveis e que surgem da própria natureza humana. Nesse sentido, três correntes filosóficas devem ser afastadas de pronto: o relativismo, o subjetivismo e o pragmatismo.

Para o subjetivismo a noção de direito e justiça está no sujeito que a julga e a conhece. A noção de justiça é subjetiva de determinado povo, pessoa ou época. O justo é algo subjetivo. Para o relativismo, a noção de direito e justiça é relativa aos valores consagrados em determinada época, cultura ou povo. Dessa forma, o direito é relativo a um momento histórico ou cultura. O que é justo hoje pode não ser amanhã ou vice-versa. Para o pragmatismo o justo é aquilo que é prático. Na visão pragmática o que importa é a finalidade, a funcionalidade. O justo é aquilo que funciona ou satisfaz as exigências sociais do momento. O aspecto axiológico (valorativo) é substituído pelo teleológico (finalístico), ou melhor, se funciona tem valor. Se é prático é justo. O pragmatismo jurídico tem sua origem no Direito Romano. “Como se pode notar, muitas características da sociedade romana estão ainda presentes entre nós, mais notadamente, a existência de valores que colocam o patrimônio privado em escala valorativa maior do que a própria vida humana. Isto se manifesta ainda na atualidade em algumas normas jurídicas esparsas, civis e penais”.³⁷

Para o filósofo FRIEDRICH WILHELM NIETZSCHE, relativista, tudo é permitido, na medida em que não existe um valor objetivo do justo. O referido filósofo escreveu “Deus está morto. Viva perigosamente” (*Aurora*, § 571).³⁸ O aludido pensamento nega a existência de axiomas básicos ou valores fundamentais.

36 O núcleo básico corresponde àqueles pressupostos basilares advindos do direito natural.

37 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 15.

38 STRATHERN, Paul. *Nietzsche (1844-1900) em 90 minutos*. Trad. Maria Helena Geordane. Consultor Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 59.

O existencialismo consagrava o relativismo afirmando que o homem é um grão de areia no meio do Universo. A terra e conseqüentemente o homem não seria mais encarado como o centro do universo, mas um ser minúsculo numa dimensão cósmica inimaginável. O humanismo contesta esse preceito dizendo que o coração do homem é do tamanho do Universo.

Desse modo, como verificamos, é forte a idéia de que nada é absoluto, tudo é relativo. Segundo nosso entendimento, existem valores absolutos e universais, por esse motivo o relativismo, o subjetivismo e o pragmatismo devem ser afastados de plano. Na *crítica da razão prática*, KANT procurava nada menos do que a lei moral fundamental, que seria o preceito básico para todos. No imperativo categórico, o citado filósofo afirma: “Aja somente de acordo com um princípio que desejaria que fosse ao mesmo tempo uma lei universal”. Narra a literatura que o filósofo tinha como satisfação vislumbrar o retorno de um pássaro que cantava do lado de fora da janela de seu jardim. Os pássaros representavam a liberdade para KANT.³⁹ A liberdade é um preceito básico para todos.

“Na grande tradição clássica, que se desenvolve principalmente a partir de Sócrates, a lei humana ou ética tem o sentido de uma ética cósmica, universal. Isto é, fundada na situação do homem no mundo. Nessa perspectiva, a ética não é apenas um sentimento subjetivo. Mas tem seu fundamento numa realidade extramental e humana. É a perspectiva da consciência comum da humanidade. É claro que as circunstâncias variam no tempo e no espaço. Mas há princípios fundamentais que se impõem à consciência humana, como respeito à dignidade pessoal de todos os membros da família humana. Nesse sentido, podemos falar num realismo ético, cujos valores fundamentais foram proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”.⁴⁰

Indubitavelmente, existem valores absolutos e supremos que surgem da própria natureza humana e são inegociáveis, inalteráveis, imutáveis e universais: a vida, a liberdade. Ao se reconhecer

39 STRATHERN, Paul. *Kant (1724-1804) em 90 minutos*. Trad. Maria Helena Geordane. Consultor Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 30-45.

40 MONTORO, André Franco. *Cultura dos direitos humanos. Temas de direito constitucional*. São Paulo: ADCOAS e IBAP, 2000. p. 18-19.

a existência de valores fundamentais, não se exclui a evolução histórica que gerou a existência de novos direitos.⁴¹

A liberdade ou a vida, não pode ser considerada como um bem relativo, subjetivo ou pragmático. Na verdade é algo absoluto e universal. THOMAS JEFFERSON, na Declaração da Independência dos Estados Unidos, ressaltou a existência de verdades evidentes que surgem como fruto do direito natural: “Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário um povo dissolver laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

Os direitos absolutos e universais são inegociáveis. Dentro dessa perspectiva encaramos todo o arcabouço jurídico, seja qual for o nome que se dê. Denominamos esses direitos absolutos de direitos naturais, e num sentido mais restrito de direitos da personalidade. Num sentido mais amplo, direitos humanos. Quando reconhecidos pelo Estado, direitos fundamentais.

As realidades, teorias e denominações dos direitos humanos apresentam um ponto de contato em comum: a dignidade da pessoa humana. A concepção dos direitos humanos surge da conjugação do jusnaturalismo e culturalismo, tendo como fundamento nuclear a dignidade da pessoa humana. ANA MARIA D'ÁVILA LOPES afirma que “o fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade humana, definida racionalmente como a expressão das condições

41 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 124: “É sabido, no entanto, que o processo de positivação das declarações de direitos não desempenhou esta função estabilizadora, pois do século XVIII até nossos dias, o elenco dos direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. É difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos”.

antropológicas e culturais do homem que o tornam diferente dos outros seres".⁴²

O PAPA JOÃO PAULO II, na celebração do Dia Mundial da Paz (1.º de janeiro de 1999), afirmou que "a dignidade da pessoa humana é um valor transcendente, como tal sempre reconhecido por todos aqueles que se entregaram sinceramente à busca da verdade".⁴³ MARCIO SOTELO FELIPPE afirma que "quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens (...) Pode-se ter dignidade sem ser feliz, mas não é possível ser feliz sem dignidade".⁴⁴

O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem contém o fundamento dos direitos humanos, ao afirmar que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". O texto constitucional de 1988 reafirma a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que agrega em si todos os direitos humanos e constitui seu principal fundamento. O homem enquanto ser é sagrado, sendo a pessoa humana o "valor-fonte" de todos os direitos.⁴⁵ Para KANT o homem é um fim em si

42 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 70.

43 SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 30.

44 FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1966. p. 54 e 108.

45 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 117: "A afirmação kantiana de que o homem, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para realização de um fim, pois é fim de si mesmo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade. Contesta igualmente, e de maneira frontal, o processo de objetivação histórica que, de acordo com Miguel Reale, levou a uma conquista axiológica: a do reconhecimento do valor da pessoa humana enquanto 'valor fonte' de todos os valores sociais e, destarte, o fundamento último da ordem jurídica, tal como formulado seja pela tradição do jusnaturalismo moderno, seja pela deontologia, no âmbito do paradigma da filosofia do direito. O valor da pessoa humana enquanto conquista

mesmo, possuindo um valor absoluto, que o torna pessoa, um ser com dignidade.⁴⁶ A pessoa possui um valor em si, que é absoluto, que constitui sua dignidade e se exterioriza pelos direitos humanos.

Há diferença entre a vida animal, vegetal e a do homem. Apenas a vida humana possui a característica da razão, da vontade, humanidade e personalidade própria. Na cultura judaico-cristã essa característica está fundamentada no fato de que a vida humana foi a única que recebeu a graça de ser constituída segundo a imagem e semelhança de Deus (Gn. 1:27).⁴⁷ Esse fato dota a vida humana de um valor fundamental e superior – *dignidade da pessoa humana*. A vida humana é o axioma básico de qualquer sociedade. Sempre existiu uma sanção para a violação da vida humana. A dignidade da pessoa humana é o pressuposto axiológico de todos os outros bens e direitos.

4. Evolução histórica dos direitos humanos

A doutrina classifica os direitos fundamentais utilizando, como critério, a ordem histórica cronológica de reconhecimento constitucional, em:

1. Direitos fundamentais de primeira geração;
2. Direitos fundamentais de segunda geração; e
3. Direitos fundamentais de terceira geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), que exigem uma prestação negativa do Estado. São as liberdades clássicas, negativas ou formais, surgidas institucionalmente a partir da Carta Magna. Essa categoria de direitos se caracteriza como uma limitação ao poderio estatal. Na verdade são, num primeiro momento, limitações impostas ao Estado, que deve respeitar os direitos individuais e

histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”.

46 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 24-27.

47 Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou (Gn. 1:27).

os direitos individuais exercidos coletivamente.⁴⁸ “São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Assim sendo, estabelecem qual o domínio das atividades individuais e qual o das estatais, impondo um dever de abstenção do Estado em certas matérias ou domínios da atividade humana. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. São direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas *liberdades públicas negativas* ou *direitos negativos*, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção”.⁴⁹ Os direitos de primeira geração foram os primeiros a ser positivados, revelando-se na primeira metade do século XVIII juntamente com a concepção de Estado Liberal. Na segunda metade do século XIX surgem os direitos coletivos e os relativos à participação política do cidadão.⁵⁰ São os direitos individuais exercidos coletivamente.⁵¹

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma prestação positiva do Estado. São as liberdades positivas, reais ou concretas. Nessa esfera, não se exige do Estado uma abstenção que se verifica numa

48 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 126: “Num primeiro momento, na interação entre governantes 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, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica e emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político”.

49 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 64-65.

50 LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar* cit., p. 63.

51 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 127: “Os direitos individuais exercidos coletivamente incorporam-se, no correr do século XIX, à doutrina liberal, que neles reconheceu um ingrediente fundamental para a prática da democracia”.

atitude negativa, mas a ação do Estado com o intuito de alcançar o bem comum.⁵²

Os direitos fundamentais de terceira geração são os verificados pela tutela dos interesses difusos e coletivos.⁵³ “Como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”.⁵⁴

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.⁵⁵

52 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional* cit., 1998, p. 65: “Os direitos fundamentais de segunda geração são os que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de se buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos – os fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais”.

53 Idem, *ibidem*: “Os direitos fundamentais de terceira geração constituem-se basicamente de direitos difusos e coletivos. Em regra, revelam preocupações com temas como meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da infância e da juventude e outras questões surgidas a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico, como autodeterminação informativa e direitos relacionados à informática de modo geral”.

54 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais* cit., 1998, p. 45.

55 STF, MS 22.164-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 30.10.1995, DJ 17.11.1995.

Podemos verificar que os direitos humanos de 1.^a geração referem-se aos direitos individuais e políticos; os de 2.^a geração aos direitos sociais, culturais e econômicos e os de 3.^a geração aos direitos difusos e coletivos.

A evolução histórica dos direitos humanos teve início na Inglaterra,⁵⁶ sendo certo que os valores que consagram os direitos humanos foram sendo construídos como fruto de um longo processo histórico.

Os gregos desenvolveram valores, como a liberdade e a igualdade, que se constituem em axiomas da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o cristianismo e o próprio judaísmo desenvolveram a idéia da dignidade e da importância do homem, por intermédio da máxima de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Gn. 1:26).

Após o hiato histórico da Idade Média,⁵⁷ conhecida como “Idade das Trevas”, a Europa, do século XII e XIII, possibilitou o surgimento de uma nova classe, a burguesia. No plano político, a Idade Média foi marcada pela concentração do poder, fazendo surgir o sentido da liberdade,⁵⁸ sentimento este que mais tarde é resgatado na luta

56 Na Inglaterra, surgiram os primeiros instrumentos de proteção de direitos humanos. Esses direitos foram explicitados pelas denominadas declarações de direitos.

57 A Idade Média é o período histórico que compreendido entre o ano de 476 d.C. (queda do Império Romano) ao 1453 d.C. (queda de Constantinopla). Os historiadores costumam dividir a Idade Média em dois períodos (Baixa e Alta), cuja linha divisória situa-se na passagem do século XI ao século XII.

58 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 43: “Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade político perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero. Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na Península Ibérica, com a Declaração das Cortes de Leão, de 1188, e, sobretudo, na Inglaterra, com a *Magna Carta* de 1215”.

contra o absolutismo, vindo a ser efetivamente declarado no século XVIII.⁵⁹ No século XIV, o progresso econômico das cidades, dominado pela rica burguesia, interessada nas letras, nas artes e no estudo da antiga cultura greco-romana, fez surgir o humanismo. Os séculos XV e XVI foram marcados pelo renascimento. No século XVI surge a reforma religiosa, movimento que teve desdobramentos religiosos, econômicos e políticos. O século XVII foi caracterizado pelo nascimento do iluminismo, que teve seu apogeu no século XVIII. Em suma, a burguesia como nova classe dominante e todos os movimentos da idade moderna colocaram em xeque a sociedade estamental da Idade Média.

O iluminismo trouxe novamente o conceito de direitos humanos, que se exteriorizaram nos processos revolucionários da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos e traziam como ideal central a dignidade da pessoa humana.

Os séculos XVI e XVII conheceram os grandes instrumentos de direitos humanos, o *habeas corpus act*, de 1679; a declaração dos direitos, de 1689, resultado direto da Revolução Gloriosa da Inglaterra; as declarações de Virgínia (1776) e Francesa (1789). Nessa época, há um ressurgimento dos direitos naturais, como a liberdade e a igualdade de todos os homens.

A primeira geração dos direitos humanos teve seu ponto de sustentáculo na Revolução Francesa. O ícone da história dos direitos humanos é a Revolução Francesa e a conseqüente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que representou o fim do antigo regime (*ancien régime*), com a queda da monarquia absoluta e dos privilégios feudais. Os direitos humanos também tiveram destaque na Inglaterra com a transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Mas os momentos inolvidáveis na materialização dos direitos humanos foram a Revolução norte-americana, de 1776,

59 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 46: "Durante os dois séculos que sucederam à era que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Foi a época em que se elaborou a teoria da monarquia absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos ultracentralizadores. A crise da consciência européia fez ressurgir, na Inglaterra, o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania, que o tempo se encarregou de realçar com tons épicos".

a Declaração de Direitos de Virgínia,⁶⁰ a Declaração da Independência e a própria Constituição dos Estados Unidos da América, que se consubstanciaram como marcos importantes na concretização dos direitos humanos.⁶¹ A Constituição dos Estados Unidos foi redigida pela Convenção Federal de 1787 com a finalidade de criar o sistema do Governo Federal, que começou a funcionar na América em 1789. Desde então, foram acrescentadas vinte e seis emendas. As dez primeiras, conhecidas como *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), foram aprovadas em 1791. Enfim, surge o Estado Liberal, que preconizava a igualdade absoluta, todos sendo iguais perante a lei.

A noção de Estado de Direito e os pressupostos do Estado Liberal surgiram como fruto direto dos processos revolucionários da França e dos Estados Unidos da América.⁶²

60 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 47-48: “O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 12 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História”.

61 Idem, p. 99-105: “A característica mais notável da Declaração da Independência dos Estados Unidos reside no fato de ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, na história política moderna. A própria idéia de se publicar uma declaração das razões do ato da independência, por um ‘respeito devido às opiniões da humanidade’, constitui uma novidade absoluta. Doravante, juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas, ou os chefes religiosos, e passavam a ser todos os homens indiscriminadamente. (...) A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. (...) Juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, as declarações de direitos norte-americanas constituem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas”.

62 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 126: “Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”.

A igualdade teórica e absoluta do Estado Liberal abriu espaço para a desigualdade real e o surgimento das injustiças sociais. No Estado em que tudo é permitido, o mais forte oprime o mais fraco. O Estado Liberal realmente gerou grandes injustiças.⁶³ Esse quadro, somado à Revolução Industrial, deu impulso ao surgimento dos direitos humanos de 2.^a geração.⁶⁴

O aparecimento de uma nova classe social, que trabalhava em condições desumanas, nas fábricas, fez surgir novas reivindicações em prol da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais. A crise econômica de 1929 demonstra a ineficiência da passividade do Estado Liberal, gerando exigências de intervenção do Estado na economia. O liberalismo econômico traduzia-se no *laissez-faire, laissez-passer*, possibilitando um egoísmo econômico.

O individualismo do século XVIII se exterioriza claramente no Estado Liberal. A sua característica de manter uma atitude negativa, em especial perante os problemas sociais e econômicos, fez surgir um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conhece os problemas advindos da Revolução Industrial. Diante desse quadro, surgem novas exigências que protestam por uma atitude positiva, ou seja, o Estado não pode mais omitir-se frente aos problemas sociais e econômicos.⁶⁵

63 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 119: "O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social".

64 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...* cit., p. 127: "A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do 'bem-estar social', entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito do trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los".

65 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos...* cit., p. 28-29.

Se o surgimento dos direitos sociais é um desdobramento positivo da crise do século XIX e XX, o aparecimento do facismo, nazismo e regimes totalitários, é a conseqüência devastadora.

O modelo imposto pelo Estado burguês gera críticas e protestos no sentido de que o Estado Liberal é o Estado da classe dominante que nega a existência dos direitos humanos ao proletariado. KARL MARX questiona a concepção injusta do liberalismo. Essas novas reivindicações e exigências deram ensejo ao surgimento dos direitos econômicos, culturais e sociais, que são conhecidos como direitos humanos de 2.^a geração.

A materialização dos direitos humanos de 2.^a geração deu-se na Constituição Mexicana, de 1917,⁶⁶ na da Rússia, de 1918, e na da República de Weimar,⁶⁷ de 1919.⁶⁸ Os direitos sociais, com as referidas

66 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 184: "A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5.º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o 'longo século XIX'; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta Mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria".

67 A Constituição dita de Weimar, cidade da Saxônia onde foi elaborada e votada, surge após a I Guerra Mundial e institui a primeira república alemã.

68 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* cit., p. 198-199: "A Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-facista e a II Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema

Constituições, passam a ser considerados direitos fundamentais. A preocupação do Estado com o Social prova a ampliação do conteúdo dos direitos humanos. Os referidos textos servem de paradigma ao novo Estado Social.⁶⁹

Os direitos humanos de primeira e segunda geração não são antagônicos e contraditórios. Os direitos civis e políticos (primeira geração) exigem uma prestação negativa do Estado, são direitos individuais em face do Estado, ao passo que os direitos econômicos, culturais e sociais (segunda geração) exigem uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma intervenção política concreta para a implementação dos referidos direitos. Essas duas vertentes da atuação estatal (positiva e negativa) são perfeitamente compatíveis e igualmente de real importância. A plena realização dos direitos individuais surge com a realização dos direitos sociais. A liberdade de expressão só surge com a educação. O indivíduo só exerce realmente sua autonomia se assegurado um mínimo de direitos sociais concretos. Os direitos humanos de 2.^a geração reforçam e consagram a plenitude da dignidade da pessoa humana, que é o ponto nevrálgico dos direitos fundamentais.⁷⁰

comunista negava – com direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século”.

- 69 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos...* cit., p. 30-31: “A Constituição de Weimar, de 1919, marca o início do Estado Social Alemão, servindo de modelo para diversos outros Estados europeus. Será a primeira Guerra Mundial, reflexo de todas as tensões sociais internas causadas pela incontrolável miséria em vários países europeus, sendo decisiva para a Revolução Russa em 1917 e quase um ano depois, para o movimento popular de marinheiros, soldados e operários que proclamou a república na Alemanha. Percebe-se neste momento que o Estado deveria deixar aquela sua conduta abstencionista e passar a garantir os Direitos Sociais mínimos da população. Para que realmente os Direitos Individuais pudessem ser usufruídos por toda população, deveriam ser garantidos os meios para que isto fosse possível. Desta forma, se o Liberalismo fala em liberdade de expressão e consciência, deve toda população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa e ter meios, ou capacidade de expressar esta consciência”.
- 70 RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em júízo...* cit., p. 31: “Com base nas diversas correntes de pensamento socialista, estruturou-se a defesa

A evolução histórica dos direitos humanos e a respectiva classificação doutrinária em direitos de primeira, segunda e terceira geração não traz em si nenhuma hierarquia entre eles. Em tese, não existe escalonamento dos direitos humanos, nenhum direito apresenta primazia entre os demais, no sentido de que uns devem ser garantidos em primeiro plano. O Estado Democrático tem o dever de implementar todos os direitos previstos na Constituição. Mas, evidentemente, no plano fático, esses direitos podem até se apresentar como contraditórios.

Os horrores perpetrados pela II Guerra Mundial serviram de impulso para a reafirmação dos direitos humanos.⁷¹ Buscou-se então o ideal entre o Estado Liberal e o Totalitário. A história demonstrou que a não-intervenção e a intervenção excessiva são igualmente danosas.⁷² No dia 26 de junho de 1945, cinquenta e um países assinaram, em São Francisco, a Carta de Fundação da Organização das Nações Unidas – ONU, conhecida como “Carta das Nações Unidas”. Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada em Resolução da III Sessão

de direitos sociais pelo Estado. De fato, reconhecia-se que o indivíduo só exercitava realmente sua autonomia caso houvesse garantia de um mínimo de dados sociais concretos. Sem o acesso à saúde, habitação, emprego e outros dados sociais, a aspiração à autonomia individual se transformava em exercício de retórica. Com crescente crítica à teoria liberal dos direitos fundamentais, estrutura-se a dita teoria social, pela qual os direitos fundamentais seriam todos os direitos de liberdade acrescidos dos direitos de intervenção do Estado, capazes de assegurar materialmente o respeito à dignidade da pessoa humana”.

71 MONTORO, André Franco. *Cultura dos direitos humanos* cit., p. 14: “O desastre da segunda guerra e a experiência totalitária, com os horrores do nazismo e do stalinismo provocam não apenas a reação negativa de protesto, mas, pela primeira vez na história, uma resposta afirmativa em escala mundial: a Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

72 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos...* cit., p. 34: “Após a 2.^a Guerra Mundial, sente-se a necessidade de criar mecanismos eficazes que protejam os direitos fundamentais do homem nos diversos Estados. Já não se podia mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não intervenção. O Estado está definitivamente consagrado como administrador da sociedade e convém, então, aproveitar, naquele momento, os laços internacionais criados no pós-guerra para que se estabeleça um núcleo fundamental de direitos internacionais do homem”.

Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é o paradigma do reconhecimento de direitos humanos do século XX.⁷³ Mas, podemos citar também três instrumentos de real importância para a reafirmação dos direitos humanos, que são: 1. o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas para ratificação e adesão pela Resolução n. 2.200 (XXI), em 16.12.1966; 2. o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966 – Resolução n. 2.200 (XXI); e 3. a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, de 22.11.1969.

A evolução histórica dos direitos humanos está adstrita à luta da humanidade pela afirmação da dignidade da pessoa humana. Essa luta encontrou fundamento respectivamente no campo religioso, filosófico e científico.

A conclusão é que o alicerce dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana. O desafio dos direitos humanos é a sua conscientização, o meio mais eficaz da sua plena realização.

O Direito como instrumento de atuação do Estado deve se pautar pelos dois pontos basilares da concepção dos direitos humanos: 1. dignidade da pessoa humana; e 2. limitação da atuação estatal.

A eficácia dos direitos fundamentais tem lugar no Estado. Dessa feita, cumpre investigar o Estado e sua evolução.

73 MONTORO, André Franco. *Cultura dos direitos humanos cit.*, p. 11: “A Declaração Universal é o maior documento do século 20 e afirma – contra o subjetivismo ético e a pretensa neutralidade das ciências humanas – um valor fundamental, universal e objetivo: a pessoa humana, isto é: ‘o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana’ (Preâmbulo). O desrespeito aos direitos humanos fundamentais resulta – como lembra a Declaração – em atos bárbaros que revoltam a consciência da humanidade. E o respeito a esses direitos constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, na família, na cidade, no país e no mundo”.