



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 40

**Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos
apresenta para a filosofia do direito**

*Problems presented to Philosophy of Law by an essential feature of
Human Rights*



Javier Hervada
Universidade de Navarra



Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta para a filosofia do direito*

Problems presented to philosophy of law by an essential feature of human rights

Javier Hervada **

REFERÊNCIA

HERVADA, Javier. Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta para a filosofia do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 40, p. 31-43, ago. 2019.

RESUMO

Este artigo apresenta a reivindicação, por parte dos direitos humanos, da sua condição anterior ao direito positivo e as oposições por eles sofridas no âmbito da filosofia do direito. Considerando-se as diversas ocasiões e teorias em que se contemplou uma dimensão jurídica natural anterior à dimensão estritamente positiva do direito, busca-se arrazoar a necessidade de concebê-lo de forma a abranger também a realidade dos direitos humanos. Observam-se, ainda, as condições de existência dos direitos humanos e da personalidade jurídica diante das noções natural e cultural do direito, a fim de que não somente se resolvam as frequentes inconsistências teóricas, mas também que se reconheçam os direitos humanos como realidade ligada à própria dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos. Filosofia do direito. Direito natural. Direito cultural. Personalidade jurídica.

ABSTRACT

This article presents the claim by human rights on its preceding condition in relation to positive law and the opposition it experiences in the field of philosophy of law. Considering several occasions and theories in which natural law, as a universe preceding strict positive law, has been contemplated, the article attempts to reason on the necessity of conceiving law in a way of encompassing the reality of human rights as well. The conditions of existence of human rights and legal personality in accordance to the naturalistic and cultural notions of law are also observed in order not only to solve theoretical inconsistencies but also to recognize human rights as a reality connected to human dignity itself.

KEYWORDS

Human rights. Philosophy of law. Natural law. Cultural law. Legal personality.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Uma característica essencial dos direitos humanos. 2. Os direitos humanos e o conceito de direito. 3. O fenômeno jurídico é natural ou cultural? 4. Os direitos humanos e a noção de pessoa. 5. O ser humano como sujeito de direitos inatos. Conclusão. Fontes. Referências.

* O conteúdo deste texto foi apresentado originariamente no X Congresso Interamericano de Filosofia, sob o tema geral “Os direitos humanos”, realizado de 18 a 23 de outubro de 1981, em Tallahassee (Flórida, EUA). Versão original em língua espanhola: HERVADA, Javier. Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho. *Persona y Derecho*, n. 9, 1982, p. 243-256. Tradução para a língua portuguesa de Frederico Bonaldo (PPGDir – Universidade Católica de Santos). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (PPGDir – UFRGS).

** Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Navarra (Espanha).





INTRODUÇÃO

Embora seja mais próprio da ciência buscar e encontrar soluções, não poucas vezes pode-se contribuir para com o seu progresso apresentando problemas e questionamentos. Esta exposição deseja contribuir para colocar em evidência uma série de problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta à filosofia do direito e, em níveis mais profundos, aos outros ramos da filosofia. Não estou seguro de acertar na apresentação dos problemas e, de antemão, peço indulgência pelas possíveis falhas; entretanto, posso garantir que não apresentarei todas as questões possíveis, mas só algumas delas aparecerão aqui. Por outro lado, ao apresentar os problemas, permitir-me-ei, em certos casos, assinalar como vejo a solução possível; advirto desde já que se trata apenas de um apontamento – as questões não são fáceis – e de modo algum pretendo outra coisa senão mostrar uma opinião, certo de que não haveria lugar melhor para expô-la que num clima de diálogo e respeito que existe num congresso sobre direitos humanos, onde entre estes não é o menor a liberdade de pensamento e expressão.

1 UMA CARACTERÍSTICA ESSENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Com a expressão “direitos humanos”, pretende-se designar um tipo ou classe de direitos, em que estes têm como uma de suas características essenciais a de que são *preexistentes* (ou “anteriores”, segundo a linguagem mais generalizada) às *leis positivas*. Pelo menos a esta conclusão nos conduz o sentido óbvio da linguagem utilizada, tanto pelas declarações antigas e modernas e os pactos internacionais, quanto pelos diversos movimentos a favor desses direitos, ou, em geral, por aqueles que falam e escrevem sobre os mesmos. Certamente, os direitos humanos se

encontram inseridos nos textos legais de muitos países, mas tendo previsão pelas leis positivas e operando através delas recebem outro nome – por exemplo, direitos constitucionais ou simplesmente direitos positivos, sem maior especificação.

Entende-se por direitos humanos comumente aqueles direitos – sem entrar agora na discussão sobre a exatidão de tal denominação – que o homem tem por causa de sua dignidade de pessoa – ou, se se preferir, aqueles direitos inerentes à condição humana –, os quais *devem ser* reconhecidos pelas leis; caso não sejam reconhecidos, diz-se que se comete injustiça e opressão. E até mesmo se admite que a falta de reconhecimento – o fato de não respeitar esses direitos – gera a legitimidade do recurso à resistência, ativa ou passiva. Tratando-se de direitos que devem ser reconhecidos, cuja contravenção gera injustiça e inclusive o direito à resistência, a conclusão parece evidente: por direitos humanos entendemos certos direitos que preexistem às leis positivas. Por isso, quanto a esses direitos, diz-se que são *declarados* e que são *reconhecidos* – e não que são outorgados ou concedidos – pelas leis positivas.

Por não ser possível analisarmos a enorme massa de textos que suporia tentar um exame exaustivo da linguagem utilizada, limitar-nos-emos a uns poucos documentos, de reconhecida importância histórica e atual. A *Declaração de Direitos da Virgínia* (1776) diz em sua seção 1: “Que todos os homens são igualmente livres e independentes por natureza e que têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram num estado de sociedade, não podem privar ou despojar a sua posteridade”¹. Observa-se facilmente a influência do

¹ “That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity [...]” (Cf. HERVADA, Javier; ZUMAQUERO, José M. (comp.). *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: EUNSA, 1978. n. 2.)





pensamento liberal na redação desta passagem; mas o que aqui interessa é que se fala de “*inherent rights*”, de direitos inerentes a todo homem, que são possuídos por natureza e que são anteriores ao estado de sociedade; o direito de rebelião – o *appeal to Heaven* [apelo ao Céu], segundo a famosa expressão de Locke – é insinuado na seção 3: “E que, quando o governo for considerado inadequado ou contrário a estes propósitos, uma maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo, da maneira que deve ser julgada como a mais propícia ao bem público”². Esse direito de modificar os regimes estabelecidos em decorrência da inobservância dos direitos humanos foi a justificação aduzida na *Declaração de Independência* (1776) dos Estados Unidos da América, país de cuja hospitalidade desfrutamos neste congresso. Nessa declaração, fala-se, como de uma verdade evidente, de direitos com os quais o homem foi dotado pelo Criador – ou seja, direitos naturais – em função dos quais os governos são instituídos.³ A mesma ideia de direitos

preexistentes (ou “anteriores”) às leis positivas, em função dos quais nasceriam as comunidades políticas e os governos, é repetida na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* de 1789, em que aparece a expressão “*droits de l’homme*” [“direitos do homem”], da qual deriva a expressão atual *direitos humanos*. Para os seus redatores, a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos; esses direitos são direitos naturais, inalienáveis e sagrados; a Assembleia Nacional os reconhece e os declara – não os outorga, concede ou constitui⁴ –; e a sua conservação é a finalidade de toda comunidade política; dentre esses direitos inclui-se a resistência à opressão⁵. Independentemente da influência que o pensamento liberal da época exerceu nos matizes da redação desses documentos, é claro que os direitos humanos – direitos do homem, direitos inerentes ou direitos naturais – são entendidos como direitos que o homem possui em virtude de si mesmo, preexistentes às leis positivas, as quais são consideradas justas se respeitam esses direitos e injustas e opressoras se são contrárias a eles.

A mesma ideia básica ou característica essencial dos direitos humanos é encontrada nos documentos internacionais da nossa época. O primeiro no tempo, a *Declaração americana dos direitos e deveres do homem* (1948), fala repetidamente de direitos essenciais do homem, afirmando que “os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não nascem do fato de este ser nacional de determinado Estado, mas têm como fundamento os atributos da pessoa humana”⁶.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (ONU, 1948) inicia apontando que “a

² “And that, when government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal [...]” (Cf. HERVADA, Javier; ZUMAQUERO, José M. (comp.). *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: EUNSA, 1978. n. 4)

³ “We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed. That, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it and to institute new government [...]” [“Consideramos estas verdades como evidentes: que todos os homens são criados iguais; que eles são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre eles estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que, para garantir esses direitos, os governos são instituídos entre os homens, obtendo seus poderes justos do consentimento dos governados. Que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva desses fins, é direito do povo alterá-lo

ou aboli-lo e instituir um novo governo [...]” (Cf. *ibid.*, n. 19)

⁴ Veja-se o preâmbulo (cf. *ibid.*, n. 20).

⁵ Art. 2 (cf. *ibid.*, n. 23).

⁶ Introdução (cf. *ibid.*, n. 123).





liberdade, a justiça e a paz no mundo têm por base o reconhecimento da dignidade intrínseca e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana”; esses direitos humanos devem ser protegidos “por um regime de Direito, a fim de que o homem não se veja compelido ao supremo recurso da rebelião contra a tirania e a opressão”⁷, afirmando-se no art. 1 que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (o que significa que o homem é portador desses direitos por si mesmo, não por concessão legal). Fala-se constantemente de reconhecimento, respeito e proteção, nunca de outorgar ou conceder. É óbvio que se reconhece, se respeita e se protege pelas leis aquilo que preexiste a elas; aquilo que existe por causa delas outorga-se e concede-se. Por outro lado, na linguagem da *Declaração Universal*, a tirania e a opressão são “atos de barbárie ultrajantes para a consciência da humanidade”, originados “[pel]o desconhecimento e menosprezo dos direitos humanos”⁸.

Embora menos expressivo, o *Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais* (1950) também fala de reconhecer, aplicar, proteger, desenvolver e respeitar os direitos humanos⁹, ao mesmo tempo em que o art. 1 afirma que “as Altas Partes Contratantes reconhecem a toda pessoa dependente de sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I do presente Convênio”¹⁰; a ausência do *outorgar* e a presença do *reconhecer* defendem novamente a ideia central sobre os direitos humanos que estamos a expor.

Essa ideia aparece inequivocamente expressa no preâmbulo do *Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e políticos*

(1966), em que se diz: “Reconhecendo que estes direitos se depreendem da dignidade inerente à pessoa humana”¹¹, frase esta literalmente reproduzida no *Pacto internacional de direitos civis e políticos*¹².

Por último, recordemos que o *Pacto de San José da Costa Rica* (1969), também conhecido como *Convenção Americana de Direitos Humanos*, reconhece, em seus próprios termos, “que os direitos essenciais do homem não nascem do fato de ele ser nacional de determinado Estado, mas têm como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional, de natureza convencional coadjuvante ou complementar àquela que o direito interno oferece”¹³.

É desnecessário coligir mais testemunhos, porque se trata de algo que é inerente ao próprio conceito de direitos humanos: a noção de direitos humanos exprime direitos preexistentes às leis positivas, cuja contravenção gera injustiça.

2 OS DIREITOS HUMANOS E O CONCEITO DE DIREITO

Se os direitos humanos não são uma miragem, uma fantasia irreal ou simplesmente um sentir sem base na realidade; se, pelo contrário, eles são realidades humanas, isto é, se existem objetivamente, então parece claro que têm uma relação íntima com o conceito de direito. Não creio dizer algo inexato ao afirmar que, até agora, os filósofos do direito, ao tentarem chegar a um conceito de direito, não tiveram em conta – ao menos na devida proporção – os direitos humanos. Pode-se dizer que os direitos humanos não foram um dado relevante para que chegassem à noção do direito.

⁷ Preâmbulo (cf. HERVADA, Javier; ZUMAQUERO, José M. (comp.). *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: EUNSA, 1978. n. 225 e 227).

⁸ Preâmbulo (cf. *ibid.*, n. 226).

⁹ Veja-se o Preâmbulo (cf. *ibid.*, n. 343).

¹⁰ Cf. *ibid.*, n. 344.

¹¹ Cf. *ibid.*, n. 1319.

¹² Cf. *ibid.*, n. 1378.

¹³ Preâmbulo (cf. *ibid.*, n. 1558).





Deu-se antes a postura inversa: pressuposta uma noção de direito, os relativamente poucos filósofos do direito que trataram dos direitos humanos os caracterizaram de acordo com essa noção prévia.

Pois bem, se o conceito de direito não é um *a priori*, mas o resultado da observação de todas as realidades jurídicas, parece claro que a via que se seguiu até agora é insuficiente, pois não se deve aplicar aos direitos humanos um conceito prévio de direito, mas, pelo contrário, o conceito de direito deve ter em conta, entre outras realidades, os direitos humanos.

É claro que, imediatamente, encontramos com um problema crucial: os direitos humanos são verdadeiramente *direitos*? Quanto a este questionamento, não se esconde de ninguém que nos encontramos com dois dados de difícil harmonização. Se prestarmos atenção à linguagem utilizada, observaremos que ninguém tem posto em dúvida a legitimidade do nome *direito* aplicado aos direitos humanos. A terminologia utilizada para designá-los tem sido muito variada: direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais, direitos naturais, direitos essenciais, direitos inerentes. Mas em nenhum caso se questionou que sejam chamados de direitos. Por que essa unanimidade?

O outro dado já não é tão universal nem unânime, mas nem por isso deixa de merecer consideração: não são pouco os filósofos do direito e os juristas que negam que os direitos humanos sejam propriamente direitos; e continuam a chamá-los de direitos, mas entendem que aqui se trata antes – e a diversidade de opiniões multiplica-se – de valores, de postulados políticos, de exigências sociológicas etc. Qual é a origem destas opiniões? Sem dúvida, a origem reside – mais além de outros possíveis traços dos direitos humanos – na característica essencial desses direitos, da qual estamos falando: o preexistir à lei positiva. Com efeito, é uma caracterização

comum nesses autores o negar que possa existir um direito em sentido próprio fora da concessão ou da outorga da lei positiva, pois somente a lei positiva é o verdadeiro direito, a origem de genuínos direitos dos sujeitos.

Não seria preciso ressaltar que, embora estes tipos de opinião não neguem que existam valores, postulados ou exigências que a lei positiva deveria ter em conta, acabam negando que existam direitos humanos, ainda que usem profusamente esta terminologia e sejam defensores – até mesmo ardorosos – desses valores, postulados ou exigências, que, segundo eles, *são chamados* de direitos humanos, mas que *não são* direitos.

Agora, se nos perguntamos acerca da unanimidade com a qual os direitos humanos são chamados de direitos, a resposta – que indubitavelmente tem de ser matizada para que não se caia em inexatidões indevidas – é a seguinte: até a generalização do positivismo jurídico, no século XIX, a consciência jurídica comum – as exceções foram raras e estatisticamente irrelevantes – admitiu a existência de verdadeiros direitos anteriores à lei positiva (já os juristas romanos chamavam de “*iura naturalia*”); e, apesar da extensão das diferentes formas de positivismo e de posições análogas, essa consciência continua a existir. Mais ainda: quando a teoria dos direitos humanos surgiu com as características com que a conhecemos agora, isto é, no século XVIII, partiu-se do princípio, tido como verdade inconcussa, de que esses direitos são verdadeiramente direitos e que, por isto, foram assim chamados. Durante mais de vinte e quatro séculos – com fórmulas distintas: o justo natural, lei divina, direito natural etc. –, não se questionou a possibilidade de verdadeiros direitos preexistentes à lei positiva e, nos nossos dias, são muitos aqueles – entre os quais me





encontro¹⁴ – que não põem em dúvida essa possibilidade.

Por outro lado, parece-me que negar que os direitos humanos sejam verdadeiros direitos *pela razão de que são preexistentes à lei positiva* é um apriorismo, isto é, procede da adoção de um conceito de direito elaborado com base nas leis positivas (estatais ou não) sem que os direitos humanos tenham sido tomados em consideração. Para convencer-se de que assim ocorre, bastaria ler os livros de filosofia do direito: nenhum seguidor das correntes mais generalizadas tem tido em conta os direitos humanos para elaborar a noção de direito.

Este é um dos problemas principais que os direitos humanos apresentam à filosofia do direito: qual realidade se deve ter em conta para elaborar o conceito de direito? Quais são os dados dos quais é preciso partir? A resposta é importante para o nosso tema: se a realidade a ser levada em conta – não digo como ponto de chegada, mas como ponto de partida – é tudo aquilo que a consciência jurídica considerou e considera como direito, parece-me que os direitos humanos devem ser tomados em consideração e, neste caso, impõe-se eliminar como ponto de partida a equação “direito é igual à lei positiva”, reconhecendo – ao menos como possibilidade – a existência de verdadeiros direitos *preexistentes à lei positiva*.

Desde o ponto de vista dos direitos humanos, talvez o mais destacável seja que a solução que se dê ao problema apresentado incide na própria noção de direitos humanos e na sua existência enquanto tal, como “direitos”. Se negamos que os direitos humanos têm verdadeira natureza jurídica, não só negamos a sua existência como direitos, mas também fazemos com que a ideia na qual eles se assentam dissipe-se por completo, porque os valores, postulados ou exigências – de que falam diversos autores –,

enquanto dimensões do direito, transformam-se em valores, postulados ou exigências da lei (positiva), de modo que os direitos humanos perdem a condição de uma dimensão própria do homem em face da lei positiva. Assim, o que restaria da ideia de direitos inerentes ao ser humano, contra o qual se comete injustiça – ele fica privado de algo seu – se esses direitos não são respeitados? A meu juízo, somente ao admitir-se uma noção de direito – quando compatível com a existência de um “núcleo fundamental de direito” que seja diferente do direito positivo – é que seria possível uma teoria dos direitos humanos coerente com o que se busca expressar com tal teoria: que a lei positiva não é soberana frente ao homem, porque este possui bens jurídicos inerentes que preexistem à lei positiva e que são medida da justiça ou injustiça da lei positiva.

3 O FENÔMENO JURÍDICO É NATURAL OU CULTURAL?

Relacionada ao que acabamos de ver, surge outra pergunta: o fenômeno jurídico, considerado em si mesmo, é um fenômeno natural ou meramente cultural? Esclareço desde já que, ao fazer esta pergunta, não pretendo dar a *natural* e a *cultural* um sentido excludente. É tão evidente que o direito tem muito de obra cultural que não vale a pena deter-se a explicá-lo. O sentido da pergunta é este: a existência mesma do fenômeno jurídico é inteiramente obra cultural ou, pelo contrário, tem uma base natural? Ponhamos uns exemplos. A aeronáutica é uma invenção humana; sem dúvida, o homem não poderia construir aviões e voar com eles se não respeitasse as leis físicas, mas é indubitável que a aviação é um invento humano, obra da cultura. A comunicação oral, por sua vez, é um fenômeno diferente; certamente, cada sistema de símbolos – cada idioma – é um produto cultural, mas a existência mesma da comunicação oral é

¹⁴ Cf. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1981.





natural, e não cultural: foi a natureza que dotou o homem de laringe, cordas vocais etc. e o homem é naturalmente um ser que se comunica com os demais. O fenômeno comunicativo é natural, embora o código de símbolos de comunicação seja cultural. Este é o sentido da pergunta feita anteriormente: o direito é um fenômeno *inventado* pelo homem, obra inteiramente cultural, ou é um fenômeno conatural ao homem, embora a legislação concreta de cada sociedade seja entendida como tendo origem cultural, isto é, positiva?

Esta é uma pergunta que a existência dos direitos humanos formula de maneira necessária. Recordemos que, no contexto do pensamento do século XIX, a teoria moderna dos direitos humanos nasceu com base em direitos precedentes à sociedade; e, por sua vez, os documentos contemporâneos antes assinalados concebem os direitos humanos como preexistentes à lei positiva. Pois bem, como entendê-los como preexistentes à lei positiva sem que o fenômeno jurídico seja natural ao homem? Se o fenômeno jurídico é exclusiva e radicalmente cultural, como entender algo jurídico inerente ao homem, essencial a ele, cujo fundamento são os atributos da pessoa humana, intrínseco a todo homem, que se depreende da dignidade inerente à pessoa humana? Porque é evidente que os direitos humanos são ininteligíveis se não têm uma relação essencial com o direito.

Seja qual for a opinião que se tenha sobre a natureza dos direitos humanos – quando admitida a sua existência, não parece que possam ser entendidos como algo em si mesmo alheio ao direito. Em consequência, a sua existência põe em *crise* a concepção do fenômeno jurídico como algo meramente cultural, como simples invento do homem, pois gera a necessidade de reformulação de tal concepção.

Poder-se-ia objetar essa questão afirmando que os direitos humanos são

unicamente um produto cultural. Mas, se não me engano, esta opinião equivaleria a negar a própria existência destes direitos. Uma vez que os documentos antes citados dizem que os direitos humanos são *essenciais, inerentes* ao ser do homem ou à condição humana, que eles se fundamentam nos *atributos da pessoa humana* e se depreendem da *dignidade inerente à pessoa humana*, de duas, uma: ou esses documentos falam de algo inexistente ou os direitos humanos não são produtos meramente culturais, mas estão enraizados em algo jurídico conatural ao homem. Além disso, desde o seu nascimento até hoje, o que está latente nos direitos humanos é a ideia antiga e permanente de que existe algo – que chamamos de direitos do homem, sejam estes direitos naturais ou direitos humanos – possuído pelo homem como tal, frente ao qual a lei positiva o reconhece ou, do contrário, é injusta. Se entendemos os direitos humanos exclusivamente como algo cultural, devemos entendê-los necessariamente como direitos (ou bens jurídicos) não meramente reconhecidos, mas outorgados e criados pela sociedade, quer mediante lei ou costume, quer mediante um *consensus* social generalizado. Mas não é esta a ideia que, como vimos, caracteriza essencialmente os direitos humanos. Esta é a questão. Como pode ser compatível entender o fenômeno jurídico como meramente cultural e, ao mesmo tempo, reconhecer como verdadeira a ideia dos direitos humanos? Pessoalmente, não me parece uma solução correta negar que a ideia dos direitos humanos como preexistentes à lei positiva e ao *consensus* social seja adequada à realidade. Por isto mesmo, entendo que, na sua base, o fenômeno jurídico é um fenômeno natural – há realidades jurídicas naturais – e que os direitos humanos são uma de suas expressões.

No tocante ao que ultrapassa uma estrita apresentação do problema, as minhas palavras anteriores fundamentam-se – como é fácil advertir – na admissão de que os direitos





humanos não são resultado de uma ideologia – como entende uma série de autores –, nem são um invento do homem, mas uma realidade. O fato psicológico em virtude do qual os homens e as sociedades admitem esses direitos como anteriores à lei positiva e ao consenso social – tal como refletem os documentos estudados e as reações normais dos homens – não é uma reação devida a fatores meramente culturais, mas a ditados naturais da razão natural. Em outras palavras, a ideia dos direitos humanos como preexistentes aos fatores positivos é *verdadeira*, porque obedece a uma real conformação do ser humano. Daí a necessidade, penso, de a filosofia do direito estudar o fenômeno jurídico tendo em conta os direitos humanos, não buscando estabelecer uma noção de direito sem tomá-los em consideração.

4 OS DIREITOS HUMANOS E A NOÇÃO DE PESSOA

A característica essencial dos direitos humanos da qual estamos falando apresenta uma questão não pequena em relação ao conceito jurídico de pessoa. É compatível com os direitos humanos a noção de pessoa que ainda prevalece na doutrina jurídica? A pessoa é definida como *sujeito de direitos e obrigações* ou também como *sujeito capaz de direitos e obrigações*. No entanto, não é aqui que se apresenta o problema, mas em duas características ou notas do conceito de pessoa que estão presentes – muitas vezes, apenas implicitamente – no uso do conceito de pessoa que é feito pela doutrina científica e pelos juízes e tribunais. Essas duas notas são as seguintes: a) ser pessoa relaciona-se com o *status* ou papel social; b) ser pessoa é uma concessão da lei positiva; ou, dito de outro modo, só é pessoa quem assim é considerado pela lei. Examinemos ambas as notas separadamente.

a) Uma das ideias mais inconscientemente arraigadas – e, por isto,

menos explicitamente posta em evidência – é que os direitos e deveres são tidos em virtude do papel ou função que o homem desenvolve na vida social. A origem ou fundamento dos direitos e deveres seria o *status* ou estado social, ou seja, o papel social, falando em termos sociológicos mais modernos. Aqui aparece a *condição* social como origem dos direitos e deveres. Sem dúvida, há muitos direitos e deveres que têm relação com a condição e o ofício sociais; mas a partir daí se dá um passo, que é o que apresenta a questão: esse passo consiste na ideia de que *todos* os direitos e deveres dimanam da *condição*; e, por isso, “pessoa” em sentido jurídico é *o homem numa condição social*. Esta é a origem da conhecida e antiga definição de pessoa: “pessoa é o homem em seu estado” (como se pode ver em Heinício^{***}); ou de frases não menos conhecidas, como a romana “é-se homem por natureza, é-se pessoa pelo estado”. Uma consequência bem conhecida é a discriminação que é introduzida no calor desta forma de entender a pessoa em sentido jurídico: se, por exemplo, tem-se a plenitude de direito por causa da casta, logo os homens das castas consideradas inferiores serão discriminados; agora, se o critério é a raça, os homens de outras raças serão discriminados; se é a nobreza, os homens simples é que serão discriminados etc.

Princípio fundamental dos direitos humanos é que estes direitos não devem a sua origem à condição ou papel da pessoa, mas são inerentes ao fato de ser homem; por isso, dizem respeito aos atributos do ser humano ou à sua

*** N.T.: Johann Gottlieb Heineccius, jurista alemão cujas ideias tiveram relevante influência desde meados do século XVIII, de modo particular na doutrina da Europa meridional, afirmava: “§. 122. *HOMO est, cuicumque mens ratione perdita in corpore humano contigit* (Inst. §. 75.) *sive mas sit, sive fœmina L. 1. L. 152. D. de ver. sign. PERSONA est homo consideratus cum suo statu* (Inst. *ibid.*). *Unde sine statu nec persona intelligitur*” (HEINECCII, Johann Gottlieb. *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*. Tomus I. Editio prima neapolitana. Neapoli: Typographia Paciana, MDCCCXXIII, p. 60).





dignidade; e também é por isso que as declarações e pactos internacionais sobre esses direitos insistem reiteradamente em que todo homem os possui, *independentemente de qualquer condição*. Perante o pensamento jurídico, isto tem uma transcendência indubitável, porque este princípio fundamental dos direitos humanos só pode ser entendido se se parte do pressuposto de que há um núcleo básico de direitos – os direitos humanos – que não nascem de uma condição do homem, nem dela dependem. Todos os homens são titulares desses direitos, independentemente da sua condição, porque esses direitos preexistem a qualquer condição e são independentes dela. O que significa que, em sentido jurídico, não se é pessoa em virtude de alguma condição, mas pelo mero fato de ser homem.

b) A opinião de que se é pessoa por concessão da lei positiva – ou, se se prefere, a expressão “é pessoa quem a lei positiva diz que é” – apresenta a questão da sua compatibilidade com a ideia de direitos (ou bens jurídicos) preexistentes à lei positiva. Se existem verdadeiros direitos humanos – isto é, se os direitos humanos não só são chamados de direitos, mas efetivamente os são, como penso eu –, a incompatibilidade é manifesta, porque se o homem é sujeito de direitos precedentemente à lei positiva, também é pessoa independentemente desta lei.

Se os direitos humanos não são entendidos como verdadeiros direitos, mas, ao mesmo tempo, admite-se ao menos o mínimo para que a ideia mesma de direitos humanos não se dissipe completamente (bens jurídicos inerentes ao ser humano), será necessário aceitar pelo menos a presença no ser humano de algo que, por ser inerente a ele, preexiste à lei positiva como medida da justiça e da injustiça desta. Esse mínimo não pode ser outra coisa que o reconhecimento do homem como portador e titular de bens jurídicos inerentes a ele, que o

constituem como *sujeito* perante o direito, e não como mero *objeto*. Essa subjetividade jurídica – ser sujeito perante o direito – já constitui o homem como pessoa – como sujeito – perante a lei.

Mas se não se admite subjetividade jurídica alguma inerente ao ser humano, se se afirma que o homem não é *de per si* sujeito perante a lei, se a personalidade jurídica é tida inteiramente por criação da lei positiva, então parece óbvio que os direitos humanos não podem ser admitidos, na medida em que representam ou verdadeiros direitos ou bens jurídicos e valores objetivos inerentes ao ser humano. Os direitos humanos, tal como são entendidos nas declarações e nos pactos, dissipam-se; evanesce a característica essencial dos direitos humanos da qual estávamos falando. Se a personalidade jurídica não preexiste à lei positiva, os direitos humanos não existem, mas sim – eventualmente – outra coisa diferente.

Daí a transcendência do art. 6 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, presente em outros textos internacionais: todo homem, em todas as partes, tem direito a ser reconhecido como pessoa perante a lei.¹⁵ A linguagem é a mesma que analisamos no início e tem o mesmo sentido; pois bem, se ser pessoa perante a lei, se a personalidade jurídica deve ser reconhecida a todo homem em todas as partes e isto é qualificado de direito humano, então a conclusão é clara: em sentido jurídico, o ser pessoa é preexistente a toda lei positiva; logo, a personalidade jurídica deve ser reconhecida a todo ser humano, independentemente da sua

¹⁵ Na sua versão inglesa, o art. 6 diz textualmente: “Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law”. Traduzo esta versão por parecer-me mais clara que a original castelhana: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.” [“Todo ser humano tem direito, em todas as partes, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”] (Cf. HERVADA, Javier; ZUMAQUERO, José M. (comp.). *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: EUNSA, 1978. n. 239).





condição, incluindo o que nasceu e aquele que ainda não nasceu: ali onde não se reconhece a personalidade jurídica a um ser humano existente – qualquer que seja a sua raça ou casta, se já nasceu ou é nascituro, ou qualquer outra condição – se cometerá injustiça.

Se este raciocínio estiver correto, se o citado art. 6º e, em geral, as ideias-chave da teoria dos direitos humanos, tal como aparecem nos textos internacionais, não são um imenso erro, como conciliar tudo isto com a noção de pessoa em sentido jurídico como uma condição jurídica atribuída pela lei positiva?

Por outro lado, e independentemente da filosofia jurídica que se siga, aplicar à vida jurídica o princípio de que “é pessoa perante as leis de um determinado Estado aquele a quem a lei positiva desse Estado reconhecer como tal” é uma notória violação ao art. 6º da *Declaração Universal de Direitos Humanos* e, no âmbito dos países que firmaram o *Pacto internacional de direitos civis e políticos* (1966), uma contravenção¹⁶ do seu art. 16.

5 O SER HUMANO COMO SUJEITO DE DIREITOS INATOS

Embora haja vários outros problemas que os direitos humanos apresentam para a filosofia do direito, parecem-me suficientes os que procurei enunciar a fim de mostrar qual é o substrato comum a todos eles: se há um núcleo jurídico inerente à pessoa humana, como reduzir o direito à lei positiva?

A questão reside em que negar esse núcleo jurídico inerente ao ser humano equivale a negar a própria existência dos direitos humanos. Por isso, não se trata simplesmente de um tema erudito sobre o direito, mas também de um ponto-chave da teoria dos direitos humanos.

Entendo que os filósofos do direito – e, em geral, os juristas – devem enfrentar decididamente a seguinte questão: o homem possui direitos inatos ou, ao menos, é portador de bens jurídicos inerentes ao seu ser? E é preciso enfrentá-la conscientes da sua transcendência: responder afirmativamente equivale a negar que só é direito a lei positiva; por sua vez, sustentar que só a lei positiva é direito significa negar que existam os direitos humanos – tal como aparecem nas declarações e nos pactos – e afirmar – caso seja possível – a sua substituição por outra coisa diferente. Acredito que não é preciso insistir no motivo: se há algo que parece claro em relação aos direitos humanos é que uma característica essencial deles é a de que não provêm de uma concessão dos poderes sociais nem do consenso geral, mas do próprio ser humano.

Este é, portanto, o desafio que é proposto aos juristas e aos filósofos do direito: os direitos humanos existem ou não existem? Aquilo que as declarações, antigas e modernas, e os pactos internacionais dizem sobre direitos inerentes, direitos essenciais, direitos fundamentados nos atributos ou na dignidade da pessoa humana, é palavrório vazio, uma ideia equivocada que se traduz numa linguagem cheia de impropriedades? Ou, pelo contrário, exprime uma verdade simples: o ser humano é portador de um núcleo inato de direito? Parece-me fundamental propor-se a questão, com toda clareza e sem preconceitos. Sem resolvê-la, tudo o que se disser sobre os direitos humanos será um belo edifício sem alicerces, pois sempre permanecerá a pergunta fundamental: os direitos humanos existem ou não existem?

CONCLUSÃO

Ao ter apresentado as questões que anunciei no início, acredito ter cumprido o propósito desta exposição. Mas não quero

¹⁶ Reproduz literalmente o art. 6º da *Declaração Universal* (cf. *ibid.*, n. 1424).





terminar sem assinalar aquilo que, a meu juízo, pode ser o caminho mais correto para responder à questão apresentada. Entendo que as declarações e os pactos internacionais sobre direitos humanos exprimem uma profunda realidade humana, bem como a ideia sobre os direitos humanos que corresponde à sua genuína natureza: direitos inerentes a todo ser humano, fundamentados na sua dignidade de pessoa. Por isso, entendo que a teoria dos direitos humanos deve assentar-se nestes postulados: (a) os direitos humanos são verdadeiros direitos; (b) esses

direitos são preexistentes – e, por conseguinte, independentes – da lei positiva e do consenso social; (c) esses direitos se fundamentam no fato de o homem ser pessoa, entendendo-se por pessoa um ser dotado de dignidade, dono de si e, consequentemente, portador de bens que são direitos seus.

Os direitos humanos são uma realidade, não uma ideologia; e, portanto, cabe à filosofia do direito oferecer uma noção de direito adequada a essa realidade. Não ao contrário.

FONTES

Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (1950).

Declaração americana dos direitos e deveres do homem (1948).

Declaração de Direitos da Virgínia (1776).

Declaração de Independência (1776) dos Estados Unidos da América.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Pacto de San José da Costa Rica (1969) – *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

Pacto internacional de direitos civis e políticos (1966).

Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e políticos (1966).

REFERÊNCIAS

HEINECCII, Johann Gottlieb. *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*. Tomus I. Editio prima neapolitana. Neapoli: Typographia Paciana, MDCCCXXIII.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1981.

HERVADA, Javier; ZUMAQUERO, José M. (comp.). *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: EUNSA, 1978.

Recebido em: 08/08/2019

Aceito em: 08/08/2019



