O DISSENSO TEÓRICO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS VISÕES DE NORBERTO BOBBIO, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MICHEL VILLEY E ROBERT ALEXY

THE THEORETICAL CONTROVERSY OVER HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF NORBERTO BOBBIO'S, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS', MICHEL VILLEY'S AND ROBERT ALEXY'S CONCEPTIONS

Leonardo Simchen Trevisan*

RESUMO

A presente investigação tem por objeto a questão dos direitos do homem, ou, mais especificamente, os problemas inerentes a essa classe de direitos e as possibilidades teóricas de sua solução. Diante da multiplicidade de posições acerca dos direitos do homem, esta investigação pretende encontrar um referencial teórico suficientemente forte para que ele possa ser considerado o paradigma na matéria. Assim, são trabalhadas as concepções de quatro autores fundamentais desse campo: o filósofo do direito e da política italiano Norberto Bobbio, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, o filósofo do direito francês Michel Villey e o teórico do direito alemão Robert Alexy.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos do homem. Norberto Bobbio. Boaventura de Sousa Santos. Michel Villey. Robert Alexy.

ABSTRACT

The object of this study is human rights, more specifically, the issues related to these rights and the theoretical possibilities of their solution. Given the plurality of positions on that matter, this study aims to find a theoretical framework strong enough to set the paradigm in this field. Accordingly, this study analyzes the works of four main authors: the Italian philosopher of legal and political science Norberto Bobbio, the Portuguese sociologist Boaventura de Sousa Santos, the French legal philosopher Michel Villey and the German legal theorist Robert Alexy.

KEYWORDS

Human Rights. Norberto Bobbio. Boaventura de Sousa Santos. Michel Villey. Robert Alexy.

SUMÁRIO

Introdução 1. Os direitos do homem na visão de Norberto Bobbio. 1.1. A busca por um fundamento absoluto dos direitos do homem. 1.2. A universalidade dos direitos do Homem. 1.3. Proteção e garantia dos direitos do Homem. 1.4. Conclusão parcial. 2. Os direitos do homem na visão de Boaventura de Sousa Santos. 2.1 Os direitos do homem como um localismo globalizado. 2.2. Direitos do homem e diálogo intercultural. 2.3. Conclusão parcial. 3. Os direitos do homem na visão de Michel Villey. 3.1. A ilusão dos direitos do homem. 3.2. A inexistência de direitos do homem na tradição clássica. 3.3. Conclusão parcial. 4. Os direitos do homem na visão de Robert Alexy. 4.1. As cinco características dos direitos do homem. 4.2. A fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem. 4.3. A institucionalização dos direitos do homem. 4.4. Conclusão parcial. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: TREVISAN, Leonardo Simchen. O dissenso teórico sobre os direitos do homem: uma análise comparativa das visões de Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 93-128, abr. 2018.

INTRODUÇÃO

No dia 07 de maio de 1824, o público presente ao *Kärntnertortheater*, em Viena, Áustria, assistiu à primeira execução da Sinfonia n.º 09 em ré menor, de Ludwig van Beethoven. Também conhecida como a “Sinfonia Coral”, a peça, revolucionária por sua forma, incorporou em seu quarto movimento uma variante do poema Ode à Alegria, de Friedrich Schiller, um arrebatador chamado da humanidade à alegria, novamente irmanada graças à sua força, uma força tão gigantesca que a ela

* Mestre em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2016). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2015). Doutorando em Direito (UFRGS).

não conseguem resistir as barreiras que as contingências da realidade ergueram entre os homens („*Deine Zauber binden wieder/Was die Mode streng geteilt/Alle Menschen werden Brüder/Wo dein sanfter Flügel weilt*“). Ao término da apresentação, Beethoven, que tudo acompanhara de um lugar especial junto à orquestra, teve de ser gentilmente virado em direção ao público por uma das solistas, para que ele, já em avançado estágio de surdez, pudesse ver os aplausos entusiásticos que lhe eram dirigidos pelos presentes.

O ideal da espécie humana como irmandade universal, que encontrou sua máxima expressão artística nos versos de Schiller e nos acordes de Beethoven, poderia facilmente sucumbir ao mundo tal como ele é. A mais alta das aspirações humanas não passaria, nesse caso, de algo belo e inatingível, invocado de tempos em tempos pelos filósofos e pelos poetas, mas carecedor de influência sobre a realidade. Felizmente, contudo, a história mostra o contrário. Essa aspiração cristalizou-se na ideia de direitos do homem, direitos cujo reconhecimento e garantia dependem de um processo lento e penoso que, embora iniciado há muito tempo, ainda está longe de terminar; é lícito esperar, sem incorrer em otimismo ingênuo, que seus desdobramentos futuros permitirão a construção de um mundo onde o respeito universal pela dignidade do ser humano estará assegurado.

A representação mais visível desse desenvolvimento da história humana (que, naturalmente, não esteve livre de percalços) pode ser buscada nas declarações de direitos. Como materialização do resultado de lutas políticas reais, travadas com base em ideais que experimentaram uma lenta, porém contínua, maturação histórica, o alcance de tais declarações transcende as circunstâncias de espaço e tempo nas quais foram concebidas. As mais recentes delas estabelecem a pretensão de uma validade universal dos direitos do homem, o atual estágio de um processo histórico cujos antecedentes mais remotos podem ser buscados na Idade Média e que tomou proporções gigantescas após o fim da Segunda Guerra Mundial.

As primeiras manifestações desse processo ocorreram na Inglaterra. São ingleses os primeiros documentos assecuratórios de direitos em face do poder monárquico: a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Não eram, contudo, declarações no sentido moderno, que viriam a aparecer apenas no século XVIII, na esteira das revoluções liberais. (SILVA, 2009, p. 151). Com efeito, as declarações inglesas eram bastante restritas: representavam compromissos entre o rei e a nobreza (e, posteriormente, entre o rei e o parlamento), não propriamente documentos voltados à garantia de determinados direitos ao conjunto dos cidadãos. (MAURER, 2007, p. 16).

A Revolução Americana produziu as primeiras declarações modernas: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12.01.1776, e a Declaração de Independência, de 04.07.1776. Ambas buscavam inspiração no pensamento de autores europeus, sobretudo Locke, Rousseau e Montesqui-

eu, e se preocupavam com a organização de uma estrutura estatal democrática, na qual a separação de poderes estivesse assegurada. Nelas, a crença na existência de direitos naturais e inalienáveis do homem (segundo Thomas Jefferson, “a vida, a liberdade e a busca da felicidade”) representou o fundamento para a limitação do poder estatal. (SILVA, 2009, p. 153-155). É digno de nota, entretanto, que os direitos previstos nessas declarações não se estendiam a todos; os indígenas e os afro-americanos restaram excluídos de seu raio de abrangência, um defeito grave que apenas posteriormente seria reconhecido e – em parte – sanado. (MAURER, 2007, p. 16-17).

Também influenciada pela noção da inviolabilidade dos direitos naturais do homem estava a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, produto da Revolução Francesa. Ela representou o mais famoso catálogo de direitos individuais de resistência ao poder do Estado, notadamente a liberdade, a propriedade, a segurança e a igualdade diante da lei. A universalidade de seus princípios e a beleza de seu texto a converteram em apogeu do constitucionalismo liberal. (HORTA, 2010, p. 184-186).

As declarações oriundas da Revolução Americana e da Revolução Francesa tinham muito em comum; eram, em essência, frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Sua preocupação se limitava à garantia da liberdade e da igualdade em seu aspecto puramente formal. No século seguinte, entretanto, com a expansão da Revolução Industrial, o aprofundamento da exploração da força de trabalho e o surgimento da doutrina socialista e dos movimentos operários, novas aspirações foram colocadas em pauta, e a igualdade meramente formal cedeu lugar à busca da igualdade material. Nesse sentido, a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 proclamaram uma série de direitos sociais, nelas garantidos ao lado dos direitos individuais. (SILVA, 2009, p. 159-160). Comum a elas era a excepcionalidade das circunstâncias políticas que precederam seu surgimento: no primeiro caso, a Revolução Mexicana; no segundo, a capitulação do *Reich* alemão na Primeira Guerra Mundial. O reconhecimento dos direitos sociais foi, para ambas, o meio jurídico encontrado para arrefecer o ímpeto revolucionário à época reinante. (HORTA, 2010, p. 188). Na Alemanha, entretanto, a Constituição de Weimar viria a fracassar dolorosamente; os direitos fundamentais nela previstos careciam de eficácia, e, do ponto de vista jurídico, nada pôde ser feito quando, em 1933, o regime nacional-socialista recém instaurado suspendeu-os indefinidamente. A barbárie que se seguiu, cujo término ocorreria apenas com a derrota militar da brutal ditadura de Adolf Hitler, teve como reação o renascimento da ideia de direitos do homem naquele país. (MAURER, 2007, p. 22-24).

No passo seguinte da evolução das declarações de direitos, em 10.12.1948, enquanto o mundo ainda saía dos escombros da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento que expressa como nenhum outro o hu-

manismo político da liberdade que está na base da ideia de direitos do homem. É uma carta simultaneamente de convergência e de síntese: convergência dos anseios dos povos que a subscreveram, horrorizados com a crueldade da guerra de extermínio que haviam presenciado, e síntese dos direitos e garantias fundamentais do homem, nela entendidos como produto de um consenso universal. (BO-NAVIDES, 2008, p. 574).

A Declaração Universal representou o início de uma nova etapa no desenvolvimento histórico dos direitos do homem; sobre a sua base novas declarações foram elaboradas e a proteção a esses direitos no plano internacional converteu-se em uma das principais preocupações de diversos Estados e organismos internacionais. Simultaneamente, no plano interno, extensos catálogos de direitos fundamentais foram incluídos nas Constituições do pós-guerra, com a correspondente criação de órgãos específicos, os tribunais constitucionais, dotados da missão precípua de protegê-los.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, não foge a essa regra: seu catálogo de direitos fundamentais é especialmente generoso, com destaque para o art. 5º e seus 78 incisos (os direitos de liberdade), o art. 6º (os direitos sociais como direitos a prestações positivas do Estado) e o art. 7º (os direitos sociais dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho). E isso não é tudo: nos termos do art. 5º, § 2º da CRFB, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, sendo que, de acordo com o § 3º do mesmo artigo, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Além disso, o art. 4º, inciso II da CRFB estabelece como um dos princípios norteadores das relações internacionais do Brasil a “prevalência dos direitos humanos”. Portanto, não pode haver dúvidas relativamente ao fato de que o reconhecimento dos direitos do homem constitui, ao lado de sua proteção, um dos elementos centrais da ordem constitucional brasileira, tanto no plano interno quanto no externo.

Não surpreende, dessa forma, o grande interesse que os doutrinadores do direito no Brasil vêm dispensando à matéria dos direitos do homem. Todavia, para além de um saudável debate acadêmico, o que há em torno desses direitos é uma mixórdia de opiniões assaz desconcertante, uma confusão que, em parte, pode ser creditada à natureza controversa do objeto. Por mais que esses direitos desfrutem hoje de uma grande aceitação ao redor do mundo e sejam adotados por grande parte das sociedades como pedra angular de sua organização política, seu reconhecimento no plano filosófico-jurídico é debatido. Há autores que negam expressamente os direitos do homem – tornou-se famosa a afirmação de Alasdair MacIntyre segundo a qual “tais direitos não existem e acreditar neles é o mesmo que acreditar em bruxas e unicórnios” (MACINTYRE, 2001, p. 127) –; outros negam determina-

das características atribuídas a esses direitos, como sua universalidade; outros negam a possibilidade de sua concretização. A afirmação dos direitos do homem no plano teórico está longe de ser unânime.

Diante disso, o presente estudo buscará definir um referencial teórico suficientemente forte para que se possa considerá-lo o ponto de partida comum nas discussões sobre a matéria. Utilizar-se-á para tanto o método lógico-analítico, o que, no presente estudo, significa contraste de marcos teóricos: concepções de autores especialmente importantes no campo da discussão acerca dos direitos do homem, representativos de distintas correntes de pensamento, serão analisadas comparativamente, de modo a verificar qual delas oferece a melhor alternativa para a compreensão desses direitos e a solução dos problemas a eles inerentes. Esses autores são, pela ordem: Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, Michel Villey e Robert Alexy.

1 OS DIREITOS DO HOMEM NA VISÃO DE NORBERTO BOBBIO

Neste item, será trabalhada a concepção do jurista e político italiano Norberto Bobbio, o qual, apesar de seu apreço pela ideia de direitos do homem, renuncia à busca de uma fundamentação teórica para esses direitos.

1.1 A busca por um fundamento absoluto dos direitos do homem

Certa vez, um entrevistador perguntou a Norberto Bobbio se o professor italiano era capaz de ver algum sinal positivo no mundo contemporâneo, marcado por conflitos e catástrofes de todos os tipos. Bobbio (2004, p. 46) respondeu que sim, que via ao menos um sinal positivo: a grande importância dada à questão do reconhecimento dos direitos do homem.

Em que pese tal entusiasmo, o referido autor admite ser extremamente difícil a questão relativa à fundamentação desses direitos. Defende ele a impossibilidade de definição de um fundamento absoluto, tomando por base para essa constatação quatro problemas inerentes à classe dos direitos do homem.

A primeira dificuldade surge em razão da vagueza da expressão “direitos do homem”: as definições geralmente aceitas são muito imprecisas e dizem pouco sobre o que efetivamente representa o conteúdo desses direitos. E, quando se tenta conceituá-los de modo mais completo, surge a necessidade de introduzir termos avaliativos, que podem ser interpretados diversamente, ao sabor da ideologia do intérprete. Coloca-se, pois, a questão: como é possível perguntar pelo fundamento de direitos que fogem a uma noção precisa? (BOBBIO, 2004, p. 17-18).

O segundo obstáculo surge quando se considera que os direitos do homem são uma classe variável de direitos, modificando-se ao arbítrio das circunstâncias históricas. O direito de propriedade é um bom exemplo disso: considerado inviolável nas primeiras declarações de direitos, foi posteriormente submetido a grandes restrições. Da mesma forma, os direitos sociais, impensáveis nas declarações antigas, são, nas modernas, proclamados com particular ênfase. Isso mostra que, em oposição ao que defende a doutrina do direito natural, não existem direitos do homem “por natureza”; eles estão condicionados pelo período histórico e pela cultura, não podem ser pensados como algo alheio a esses fatores. O que leva à pergunta: como é possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos? (BOBBIO, 2004, p. 18).

Como se não bastasse ser mal definível e variável, a classe dos direitos do homem possui outra característica problemática: é heterogênea. As declarações de direitos contêm pretensões divergentes e até contraditórias. Há direitos que, segundo o autor, não podem ser postos em concorrência com outros direitos, como o direito a não ser escravizado e a não sofrer tortura; mas, na maioria dos casos, os direitos, ainda que de natureza fundamental, podem entrar em rota de colisão, como ocorre no caso do direito à liberdade artística em face do direito do público a não ser chocado ou escandalizado. Aqui, é necessário estabelecer limites à extensão de um dos direitos, com a finalidade de resguardar o outro. Como é possível admitir que direitos de eficácia tão diversa possam ter um mesmo fundamento? E como admitir que direitos sujeitos a restrições possam ter um fundamento absoluto? (BOBBIO, 2004, p. 19-21).

Além disso, as declarações recentes de direitos englobam tanto os direitos individuais de liberdade quanto os direitos sociais, entre os quais se revela uma antinomia. O desenvolvimento integral dos direitos de liberdade impede o desenvolvimento integral dos direitos sociais e vice-versa. Com isso, surge a questão: como é possível um fundamento absoluto para direitos que são antinômicos entre si? (BOBBIO, 2004, p. 21).

Em face de tais considerações, Bobbio (2004, p. 22-23) assinala ser inútil a busca por um fundamento absoluto dos direitos do homem. E, ainda que tal fundamento se revelasse possível, ele não seria uma garantia de reconhecimento e realização desses direitos; atualmente, a principal objeção aos direitos do homem não é a sua carência de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Conclui o autor: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, 2004, p.

23). Significa dizer que a carência de um fundamento absoluto não impede que os direitos do homem sejam respeitados; o ponto-chave está na sua efetiva proteção.¹

1.2 A universalidade dos direitos do Homem

Bobbio assevera existir um consenso geral acerca da validade do sistema de valores posto na Declaração Universal dos Direitos do homem, e nisso reside a sua universalidade. Trata-se de um fato sem precedentes na história, cujas consequências ainda são, em grande parte, obscuras para nós.²

A universalidade dos direitos do homem não foi, contudo, uma conquista livre de percalços. Nesse sentido, pode-se vislumbrar três fases na história da formação das declarações de direitos. A primeira delas é a filosófica, quando se reconhece – ainda exclusivamente no plano teórico – a ideia de que o homem possui, por natureza, determinados direitos, tais como a liberdade e a igualdade, os quais ninguém, nem mesmo o Estado, pode dele retirar. Isso remonta ao jusnaturalismo moderno, particularmente ao pensamento de John Locke. O segundo momento dessa evolução se verifica quando essas ideias são adotadas pelo legislador, o que acontece nas Declarações de Direitos da Re-

¹ Bobbio (2004, p. 25-26) explica: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. De resto, quando a Assembleia Geral da ONU, em sua última sessão, acolheu a proposta de que a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, decidida na sessão do ano anterior, fosse realizada em Teerã na primavera de 1968, fazia votos de que a conferência assinalasse ‘um notável passo a frente na ação empreendida no sentido de encorajar e ampliar o *respeito* aos direitos humanos e às liberdades fundamentais’. Entende-se que a exigência do “respeito” aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é ineludível. Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.”

² O autor salienta: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Os velhos jusnaturalistas desconfiavam – e não estavam inteiramente errados – do consenso geral como fundamento do direito, já que esse consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como tentaria fazê-lo Giambattista Vico. Mas agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais. Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram *de fato*, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade.) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.” (BOBBIO, 2004, p. 27-28).

volução Americana e da Revolução Francesa. Aqui, os direitos do homem deixam de ser apenas uma aspiração teórica e passam a constituir um sistema de direito positivo, embora ainda limitado ao âmbito do Estado que os reconhece. A terceira e última fase surge com a Declaração de 1948, através da qual os direitos do homem passam a ser, a um só tempo, universais e positivos. São universais porque envolvem não apenas o cidadão de um Estado determinado, mas toda a humanidade; são positivos porque devem ser efetivamente protegidos, não apenas declarados. (BOBBIO, 2004, p. 29-30).

A Declaração Universal representa, todavia, apenas o início do processo global de conversão em direito positivo dos direitos do homem, cujo término ainda não somos capazes de vislumbrar. Ainda há Estados que não reconhecem os direitos do homem como direitos dignos de respeito e proteção. Ao lado disso, há um problema relativo ao próprio conteúdo da Declaração: como os direitos do homem são direitos históricos, ela não pode ter a pretensão de apresentar-se como algo definitivo. Os direitos nela elencados não são as únicas possibilidades; são apenas os direitos do homem reconhecidos à época da sua redação. (BOBBIO, 2004, p. 30-33). Sintetiza o autor: “A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro; mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.” (BOBBIO, 2004, p. 33).

Com isso, ao lado do problema da garantia dos direitos do homem, coloca-se o problema do aperfeiçoamento do conteúdo da própria Declaração Universal, atualizando-a e especificando-a. Esse problema vem sendo enfrentado pelos organismos internacionais; são exemplos disso as declarações, posteriores àquela, relativas aos direitos da criança, aos direitos políticos da mulher, à eliminação da discriminação racial, à autodeterminação dos povos e à prevenção e repressão do genocídio, todas questões específicas que, por sua natureza, não poderiam constar em uma declaração geral. (BOBBIO, 2004, p. 33-36).

1.3 Proteção e garantia dos direitos do Homem

Voltando ao problema da proteção dos direitos do homem, Bobbio (2004, p. 37) vislumbra duas dificuldades para que tais direitos gozem de uma tutela efetiva. A primeira é de caráter jurídico-político; a segunda diz respeito ao conteúdo desses direitos.

A primeira dificuldade reside no modo pelo qual os Estados integrantes da comunidade internacional se inter-relacionam. Na maioria dos casos, os organismos internacionais, apesar de influírem sobre os Estados que os compõem, não têm sobre eles praticamente nenhum poder. Contudo, um sistema global de proteção aos direitos do homem, que não se limite a promover e estimular as garantias existentes no interior de cada Estado, só será possível quando for reconhecida uma jurisdição

internacional superior às jurisdições nacionais. Na Europa, tal sistema já existe; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê a possibilidade de proposição de demandas individuais à Comissão Europeia dos Direitos do Homem envolvendo a proteção a tais direitos. Os Estados menos propensos a aceitar essa transferência de poder à comunidade internacional, porém, são justamente aqueles em que os direitos do homem são costumeiramente vilipendiados. (BOBBIO, 2004, p. 37-40).

A segunda dificuldade decorre do fato de que os direitos do homem não são direitos absolutos, nem formam uma categoria homogênea. Como direitos relativos, os direitos do homem podem entrar em rota de colisão, e, no caso de um conflito entre dois desses direitos, não se pode proteger incondicionalmente um deles sem sacrificar o outro. A delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é, por essa razão, variável, não podendo ser estabelecida de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 40-41).

A realização dos direitos do homem não pode ser pensada sem uma reflexão acerca desses problemas. Ao mesmo tempo, a efetivação de tais direitos está ligada a um processo de evolução global da humanidade. Não se pode dissociá-la dos grandes problemas do mundo atual, a guerra e a miséria, sob pena de restar ignorada a realidade que se pretende modificar.³

1.4 Conclusão parcial

Apesar de seu entusiasmo com o reconhecimento universal dos direitos do homem, Norberto Bobbio manifesta suas dúvidas em relação à possibilidade de um fundamento absoluto para esses direitos, preferindo deslocar a atenção para a questão da sua garantia. Como fatores que impedem tal fundamentação, ele menciona a dificuldade de conceituação, a relatividade e a heterogeneidade desses direitos, bem como a possibilidade de conflitos entre eles. Assim, pode-se dizer, em apertada síntese, que Bobbio levanta os problemas da fundamentação e da garantia dos direitos do homem.

2 OS DIREITOS DO HOMEM NA VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Neste item, trabalhar-se-á a concepção de Boaventura de Sousa Santos, sociólogo português que se destaca por sua posição crítica em relação à ideia da universalidade dos direitos do homem.

³ Conclui o autor: “A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado.” (BOBBIO, 2004, p. 44).

2.1 Os direitos do homem como um localismo globalizado

Os direitos do homem universais são parte de uma cultura global? De modo categórico, Boaventura de Sousa Santos sentencia: não.

É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Atualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais como artefato cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo. Em outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental. (SANTOS, 2003, p. 439).

Com isso, o autor lusitano chama a atenção para o fato de que a pretensa universalidade dos direitos do homem não pode simplesmente passar por cima do problema do multiculturalismo. Apesar disso, ele reconhece que os direitos do homem podem ser postos a serviço de uma linguagem progressista e de emancipação social, procurando identificar as condições em que isso seria possível.

Para tanto, ele coloca como necessária a compreensão de três tensões postas na modernidade ocidental. A primeira delas é entre regulação social e emancipação social, destacando-se que a política de direitos do homem pode ser ao mesmo tempo regulatória e emancipatória. A segunda é entre Estado e sociedade civil, tensão na qual a questão dos direitos do homem assume uma relevância especial, seja como direitos cívicos e políticos (a primeira geração de direitos do homem), seja como direitos econômicos e sociais e direitos culturais, de qualidade de vida e assim por diante (a segunda e a terceira gerações de direitos do homem). A última tensão ocorre entre o Estado-nação e a assim chamada globalização, tensão na qual os direitos do homem aparecem como potencialmente prejudicados, através da erosão progressiva da ideia de Estado-nação, mas ao mesmo tempo ganham um reconhecimento mundial, reconhecimento esse que, contudo, não está livre de questões culturais e de particularidades locais. (SANTOS, 2003, p. 429-432).

A partir de tais tensões, e especialmente da última, o autor passa a tratar da questão da globalização, por ele entendida da seguinte forma: “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival.” (SANTOS, 2003, p. 433). Ao lado disso, o autor sublinha que a globalização não é um fenômeno unitário, na medida em que engloba diferentes dimensões (a econômica, a social, a política e a cultural), razão pela qual o correto seria falar em “globalizações”, e não utilizar o termo no singular. (SANTOS, 2003, p. 433).

Nesse sentido, ele ressalta que “aquilo a que chamamos globalização é sempre a globalização bem-sucedida de determinado localismo” (SANTOS, 2003, p. 433) e, ao mesmo tempo, que “a globalização pressupõe a localização.” (SANTOS, 2003, p. 434). Não existe, assim, uma incompatibilidade entre local e global. Esse aparente paradoxo leva, no seu entender, a distintas formas de globalização.

A primeira delas é a do “localismo globalizado”, ou seja, o fenômeno correspondente à universalização de determinadas manifestações de uma cultura específica. Como exemplo, pode-se aludir à difusão mundial da música popular dos Estados Unidos e do *fast food* típico daquele país. (SANTOS, 2003, p. 435).

A segunda forma de globalização é o “globalismo localizado”, vale dizer, o impacto que as práticas inerentes à globalização causam em uma determinada realidade local, desestruturando-a e reestruturando-a de acordo com os interesses globais. Como exemplo, pode-se citar a colocação do patrimônio cultural da localidade à disposição da indústria mundial do turismo e a exploração de mão-de-obra local pelas empresas transnacionais. Localismos globalizados são a especialidade dos países centrais, enquanto aos países periféricos cabe apenas escolher entre as diferentes formas de globalismo localizado. (SANTOS, 2003, p. 435-436).

A terceira forma de globalização é o chamado “cosmopolitismo”. O cosmopolitismo é entendido por Santos não em seu sentido convencional, marcado pelo individualismo, mas sim como uma solidariedade internacional entre aqueles grupos que estão à margem da globalização ou são por ela oprimidos e explorados. Entram aqui movimentos internacionais de defesa do meio-ambiente, de mobilização dos trabalhadores, de promoção dos direitos da mulher e assim por diante. (SANTOS, 2003, p. 436-437).

Por fim, o autor cita como um processo da globalização o que ele denomina “patrimônio comum da humanidade”. Trata-se, aqui, de temas que envolvem a humanidade como um todo, tais como a sustentabilidade da vida no planeta, as questões ambientais mais urgentes e a exploração do espaço. Esse patrimônio comum da humanidade é, todavia, frequentemente desrespeitado por países centrais, sobretudo pelos Estados Unidos. (SANTOS, 2003, p. 437).

Com essa análise, o autor reconhece a existência tanto de uma globalização “de-cima-para-baixo” (chamada “neoliberal” e “hegemônica”) quanto de uma globalização “de-baixo-para-cima” (chamada “solidária” e “contra-hegemônica”). Os localismos globalizados e os globalismos localizados são expressão da primeira; cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade são expressão da segunda. (SANTOS, 2003, p. 438).

É no quadro da globalização que deve ser entendida a problemática dos direitos do homem.⁴ Esses direitos, em sua concepção dominante, representam uma forma de localismo globalizado, na medida em que são um

⁴ Sustenta o autor: “A complexidade dos direitos humanos está no fato de que eles podem ser concebidos e praticados quer como forma de localismo globalizado quer como forma de cosmopolitismo ou, em outras palavras, quer como globalização hegemônica quer como globalização contra-hegemônica. [...] A minha tese é que, enquanto forem concebidos

produto específico da cultura ocidental, produto ao qual ela pretende outorgar uma validade universal, sem que isso resulte de um diálogo com outras culturas. Prova disso é o fato de que os pressupostos subjacentes à ideia de direitos do homem, especialmente a noção de dignidade humana, são, todos eles, de matriz nitidamente ocidental. Some-se a isso a constatação de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi elaborada sem a participação da maioria dos povos que habitam o planeta. Tal situação possibilitou que esses direitos fossem utilizados, durante muito tempo, como um instrumento de dominação dos países capitalistas centrais em relação ao Terceiro Mundo, e critérios díspares foram aplicados para a avaliação de violações aos direitos do homem nas diversas regiões do planeta, de acordo com o interesse político dominante (como, por exemplo, no caso do genocídio em Timor Leste e na situação dos chamados “intocáveis” na Índia, que foram praticamente ocultados do grande público, enquanto as violações ocorridas no Irã e no Vietnã após as respectivas revoluções foram objeto de grande destaque). (SANTOS, 2003, p. 439-440).

Há, contudo, o outro lado da moeda. A luta pelos direitos do homem também tem levado a grandes conquistas políticas, econômicas e culturais por parte de grupos excluídos. Ou seja, ao lado do discurso hegemônico, os direitos do homem são a arma de um discurso contra-hegemônico. Em face disso, a principal preocupação da moderna política emancipatória deveria ser transformar esses direitos de um localismo globalizado em um projeto cosmopolita. (SANTOS, 2003, p. 440-441).⁵

2.2 Direitos do homem e diálogo intercultural

Uma nova concepção de direitos do homem, de cunho cosmopolita, pressupõe necessariamente a possibilidade de um diálogo intercultural. Com vistas a tal finalidade, Santos propõe a utilização de uma “hermenêutica diatópica”, que ele define da seguinte forma:

como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. Concebidos como direitos universais, como tem acontecido, os direitos humanos tenderão sempre a ser um instrumento do ‘choque de civilizações’ [...], ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo (‘the West against the rest’). A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local.” (SANTOS, 2003, p. 438).

⁵ O autor identifica cinco premissas necessárias para essa transformação. A primeira delas é a superação do debate, segundo ele, intrinsecamente falso, entre universalismo e relativismo cultural. Essas duas posições extremas são igualmente prejudiciais para uma adequada compreensão do fenômeno dos direitos do homem. A segunda é o reconhecimento do fato de que diferentes culturas possuem diferentes concepções de dignidade humana, que, contudo, não são mutuamente ininteligíveis. A terceira é a constatação de uma incompletude cultural, ou seja, do fato de que todas as culturas são incompletas e problemáticas, situação que é perceptível com maior facilidade de fora do que de dentro da própria cultura. A quarta é a noção de que os conceitos de dignidade humana adotados pelas diferentes culturas possuem diferentes graus de abertura e de reciprocidade. A quinta premissa, finalmente, é a de que as culturas tendem a distribuir os indivíduos entre dois princípios, o da igualdade e o da diferença, sendo a distinção entre a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento da diferença um requisito para a efetividade da política emancipatória de direitos do homem. (SANTOS, 2003, p. 441-443).

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua por intermédio de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé em uma cultura e outro em outra. Nisso reside o seu caráter diatópico. (SANTOS, 2003, p. 444).

Dito de outro modo: o diálogo intercultural pressupõe o encontro de universos de sentido diferentes. Esses universos de sentido são elencos de *topoi* fortes, ou seja, as principais premissas de argumentação adotadas por uma cultura, aquilo que para ela é o mais evidente. Como o que é evidente para uma cultura não necessariamente o é para outra, o diálogo assume uma condição mais complexa. O reconhecimento da incompletude dos *topoi* de uma dada cultura, incompletude essa que pode ser vista, com maior nitidez, de fora, é o pressuposto de um diálogo intercultural baseado na hermenêutica diatópica. Como exemplos disso, o autor cita o *topos* dos direitos do homem na cultura ocidental, o *topos* do *dharma* na cultura hindu e o *topos* da *umma* na cultura islâmica. Estes são conceitos mais ou menos aproximados que, apesar de suas contradições recíprocas, podem oferecer a possibilidade de um diálogo intercultural baseado na hermenêutica diatópica. (SANTOS, 2003, p. 444-447).

Santos (2003, p. 449-451) sublinha que uma concepção intercultural dos direitos humanos tem a vantagem de reivindicar para eles a legitimidade no interior dessas culturas, e não simplesmente renunciar a ela. Eles deixam de ser vistos, dessa forma, como algo puramente imposto, e passam a ser encarados como uma manifestação do diálogo entre as diferentes culturas; surge, assim, uma concepção híbrida, mestiça, multicultural dos direitos humanos. Trata-se de um trabalho de colaboração intercultural, que não pode ser conduzido a partir de uma única perspectiva. O autor menciona as lutas pelos direitos humanos dos movimentos feministas islâmicos e da defesa dos “intocáveis” na Índia como uma prova de que tal diálogo pode ser bem-sucedido, e assinala, ao mesmo tempo, que através dele a civilização ocidental também pode se beneficiar, aprendendo com aquelas culturas o respeito aos direitos da natureza e das gerações futuras, por exemplo.

O tratamento da questão dos direitos do homem está dentro do que Santos chama de um “multiculturalismo progressista”. Para possibilitá-lo, algumas condições são necessárias. A primeira delas é a consciência da incompletude cultural, uma pré-compreensão para o diálogo entre as culturas e para a hermenêutica diatópica. (SANTOS, 2003, p. 455). A segunda é a escolha, para o diálogo intercultural, daquela versão da cultura que admite o maior grau de reciprocidade, ou seja, que mais facilmente reconhece a posição do outro. (SANTOS, 2003, p. 455-456). A terceira é o reconhecimento de que as culturas não estão todas prontas para o diálogo ao mesmo tempo, e que o diálogo, da mesma forma que não tem um tempo para começar, também não tem um tempo para terminar; ele pode ser interrompido unilateralmente. (SANTOS, 2003, p. 456-457). A quarta é a de que tanto os temas

quanto os parceiros do diálogo devem resultar de mútuo acordo, não podendo ser unilateralmente impostos. (SANTOS, 2003, p. 457-458). A última é a conjugação entre o princípio da igualdade e o princípio do reconhecimento da diferença: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.” (SANTOS, 2003, p. 458).⁶

2.3 Conclusão parcial

Boaventura de Sousa Santos apresenta uma ressalva à ideia de universalidade dos direitos do homem, sustentando que, na verdade, tais direitos são o produto de uma cultura específica, a cultura ocidental, que, devido à disseminação dessa cultura através das mais diversas regiões do planeta, acabou sendo “imposto” a povos de culturas muito diferentes. Uma concepção adequada de direitos do homem deve reivindicar para esses direitos a legitimidade no interior daquelas culturas, o que pressupõe a abertura de ambas as partes para o diálogo intercultural. Com isso, o autor levanta dois problemas: o da universalidade e o da legitimação cultural dos direitos do homem.

3 OS DIREITOS DO HOMEM NA VISÃO DE MICHEL VILLEY

Neste item, analisar-se-á a posição de Michel Villey, jusfilósofo francês que manifesta um extremado ceticismo quanto à ideia de direitos do homem.

3.1 A ilusão dos direitos do homem

Quem, pergunta-se Michel Villey, diante dos males do mundo contemporâneo, poderia negar a eficácia de um remédio tão poderoso quanto os direitos do homem? Apenas reacionários tolos seriam suficientemente insensatos para propor algo tão absurdo? (VILLEY, 2007, p. 4). E, constatando a ubiquidade do discurso dos direitos do homem, denominador comum às diferentes religiões e ideologias políticas, sentencia: esses direitos só têm amigos. (VILLEY, 2007, p. 11).

⁶ O autor apresenta a seguinte conclusão: “Na forma como têm sido predominantemente concebidos, os direitos humanos são um localismo globalizado, uma espécie de esperanto que dificilmente poderá se tornar a linguagem cotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões culturais do globo. Compete à hermenêutica diatópica proposta neste capítulo transformá-los em uma política cosmopolita que ligue em rede línguas diferentes de emancipação pessoal e social e as torne mutuamente inteligíveis e traduzíveis. É este o projeto de uma concepção multicultural dos direitos humanos. Nos tempos que correm, este projeto pode parecer mais do que nunca utópico. Certamente é, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria.” (SANTOS, 2003, p. 458).

Concebidos como uma espécie de antídoto ao positivismo jurídico, a filosofia das fontes do direito que liberta o jurista da necessidade de buscar a justiça e que, em razão disso, provocou injustiças inaceitáveis em numerosas regiões do planeta, os direitos do homem (supostamente extraídos da escola do direito natural) desfrutam hoje de grande prestígio; é impensável removê-los do pedestal em que foram colocados pela modernidade. Nem mesmo as autoridades católicas e a literatura produzida por pensadores cristãos escaparam a esse movimento. (VILLEY, 2007, p. 01-03). Nada disso, contudo, impede Villey de manifestar seu profundo ceticismo com relação à ideia de direitos do homem.

Em primeiro lugar, salienta o jusfilósofo francês, os direitos do homem têm um caráter irreal. Embora o direito ao trabalho seja consagrado na Constituição da República Francesa, o número de desempregados na França passa de um milhão. No que tange ao plano internacional, o problema é ainda mais visível: quando cotejadas com a cruel realidade de países periféricos (que correspondem a três quartos do globo), as belas palavras da Declaração (pretensamente) Universal das Nações Unidas soam quase como uma indecência. (VILLEY, 2007, p. 05).

O erro delas é prometer demais: a vida, a cultura, a saúde igual para todos: um transplante de coração para todo cardíaco? Haveria, só com o direito de todo francês “à Saúde”, com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais! O dissidente soviético Bussowski maravilhou-se ao ver proclamado nos Estados Unidos o “direito à felicidade”. O que pensar, perguntava ele, se a felicidade do Senhor X... é matar a mulher dele? (VILLEY, 2007, p. 05-06).

As promessas das declarações de direitos do homem, prossegue Villey (2007, p. 05-06), não são apenas irreais; são também indeterminadas e inconsistentes. Indeterminadas porque tratam de definições imprecisas, de significado demasiadamente amplo (veja-se o caso da “liberdade”; não pode haver definição mais genérica que essa, e, mesmo quando se tenta precisá-la, quando, por exemplo, se fala em “liberdade de expressão”, as dificuldades permanecem, pois as violências racistas e os falsos testemunhos são incompatíveis com esse direito). Inconsistentes porque prometem o infinito, pretendem dar tudo a todos. O problema central das fórmulas de direitos do homem é que elas simplesmente prometem demais.

Apenas sarcasmo devota o jusfilósofo francês aos programas das declarações de direitos:

De qualquer maneira, o programa das declarações é contraditório. Elas colecionam uma profusão de direitos de inspiração heterogênea – tendo-se, aos “direitos formais” ou liberdades da primeira geração, acrescentado uns “direitos substanciais” ou “sociais e econômicos”. Para que sejam direitos de todos os homens, são codificados os direitos das mulheres, das pessoas idosas, das crianças (nos quais as ligas contra o aborto incluirão os direitos do feto), dos homossexuais, dos pedestres, dos motociclistas. Cada um deles fracionado em seus componentes: assim, do direito do homem ao lazer, os americanos tiraram um poético “direito ao sol” (direito de cada um e de cada uma a se bronzear em alguma praia da Flórida). Acrescentemos-lhe o direito a neve. Nesse registro, a imaginação de nossos contemporâneos é inesgotável; produziu as espécies mais malucas: “Direitos dos jovens a serem eles mesmos” e, de

modo mais geral, o direito de cada qual “à sua diferença”. Cumpriria escolher. (VILLEY, 2007, p. 07).

Adicione-se a isso o caráter contraditório dessas declarações. Se os direitos de liberdade (propriedade e liberdade contratual) são efetivamente levados a sério, a consequência inafastável será a privação das massas trabalhadoras de seu direito ao mínimo vital, ou seja, a contínua reprodução das colossais desigualdades geradas pelo modo de produção capitalista. Se, por outro lado, os direitos sociais e econômicos são levados a sério, isso levará inevitavelmente à supressão das liberdades. Significa dizer que direitos de liberdade contribuem para o aprofundamento da desigualdade, enquanto direitos sociais e econômicos contribuem para a instauração de regimes totalitários. Além disso, mesmo direitos pertencentes a uma mesma categoria podem ser incompatíveis entre si, como ocorre, por exemplo, com os direitos à intimidade e à informação generalizada. Direitos do homem são, portanto, a negação de outros direitos do homem, e produzem grandes injustiças quando considerados isoladamente. A tentativa de reconciliá-los equivale à pretensão de demonstrar a quadratura do círculo. (VILLEY, 2007, p. 07-08).

Por mais que os direitos do homem sejam “operativos”, ou seja, vocacionados a proteger o ser humano contra os abusos do governo e as arbitrariedades do direito positivo, a expressão “direitos do homem” é inadequada. Se ela fosse suprimida do vocabulário, ainda assim seria necessário substituí-la por outra menos inadequada. Não se sabe qual, entretanto. (VILLEY, 2007, p. 08).

3.2 A inexistência de direitos do homem na tradição clássica

A ideia de direitos do homem é, segundo Villey (2007, p. 12-17), insuficiente, confusa e ilusória, produto de uma linguagem pouco clara. Seu defeito capital está em unir a noção de direito ao homem genérico, abstrato e universal, o que o autor busca demonstrar com o auxílio de um método histórico.

Fiel a essa proposta, o autor situa o nascimento da ciência do direito na Roma clássica, embora saliente que os romanos tenham sido, nesse particular, fortemente influenciados pela cultura grega. De forma mais apropriada, os romanos concebiam o direito como uma arte; a arte, segundo Cícero, voltada à busca pela justa proporção na partilha dos bens entre todos os cidadãos. A definição de Cícero remete a Aristóteles, cujas fórmulas foram, mais além, decisivas para o desenvolvimento da arte jurídica romana. Tanto para Aristóteles quanto para os romanos a ideia de direito estava ligada à ideia de justiça – mais especificamente, à ideia de justiça particular, segundo a qual ninguém deve tomar mais ou menos que a parte que lhe cabe na distribuição dos bens exteriores do grupo. A função do juiz seria meramente determinar a parte de cada um. Com isso, a ideia aristotélica de justiça particu-

lar pressupõe uma partilha proporcional das coisas entre os membros do mesmo grupo político. (VILLEY, 2007, p. 30-52).

O direito romano desconhecia não apenas a noção de direitos do homem, mas também (ao contrário do que muitos romanistas defendem) a própria noção de direitos subjetivos. Os textos jurídicos romanos estabelecem claramente que o direito (*Jus*) de uma pessoa não comporta apenas liberdades, mas a parte que cabe a cada pessoa enquanto participante do grupo, o que só pode ser verificado em sua relação com as demais, concedendo a ela um complexo de vantagens e desvantagens, de bens e de ônus. Como herdeira da filosofia grega – e, em particular, da ideia aristotélica do homem como “animal político” –, a definição romana de direito não encontrava seu centro no indivíduo, mas no grupo. Nada mais afastado dessa concepção clássica que a ideia dos direitos do homem centrada no sujeito, ou seja, direitos que o homem, entendido abstratamente, sem qualquer consideração à sua natureza política e social, possui em face de todos os outros homens, liberdades tão infinitas e perfeitas quanto insustentáveis e ilusórias. (VILLEY, 2007, p. 77-99).

Há algo de verdade, concede Villey (2007, p. 107-135), na ideia fartamente disseminada de que a noção moderna de direitos do homem deita suas raízes na teologia judaico-cristã. Isso, contudo, não pode ser vislumbrado na obra do maior de seus teólogos, Tomás de Aquino; a “Suma Teológica” não tem quase nenhuma preocupação com o direito, com o *Jus* em sentido estrito. Com efeito, o grande teólogo não infirma, em seus comentários, o *Corpus Juris Civilis*; ao contrário, restaura a ciência do direito romana, demonstrando que ela não é incompatível com o Evangelho. A raiz judaico-cristã dos direitos do homem deve-se, sobretudo, aos teólogos espanhóis da Segunda Escolástica, tanto os dominicanos (Vitoria, De Soto) quanto os jesuítas (Molina, Suarez), que, negando a autonomia e a laicidade conferidas ao direito por Tomás de Aquino, defenderam que, sendo Deus o primeiro legislador, a lei natural “inscrita no coração dos homens” seria uma dependência da suprema lei, a lei divina, e as leis humanas, meros prolongamentos dessa. Eram teólogos pragmáticos, que, com seu engajamento nos assuntos políticos de seu tempo (a causa dos indígenas, notadamente), deram à teologia um grande poder sobre a ciência do direito – o poder que Tomás de Aquino tentara afastar. Tampouco eles, contudo, falaram em “direitos do homem.”

Como os conhecemos, os direitos do homem são um produto da filosofia moderna, nascida no século XVII, produto da secularização da Europa, da hipervalorização da lógica e do pragmatismo intelectual. Os filósofos lançaram-se, então, ao empreendimento de deduzir, da natureza genérica do homem, certos direitos naturais absolutos. Assim o fizeram Thomas Hobbes e John Locke, grandes expoentes da escola moderna do direito natural, embora com objetivos distintos – Hobbes, no “Leviatã”, com a passagem do estado de natureza ao estado civil, pretendendo justificar o absolutismo dos Stuart, e Locke, no “Segundo Tratado sobre o Governo”, com a sacralização do direito de proprieda-

de, servindo à causa do liberalismo. A história demonstra, portanto, que os direitos do homem podem ser invocados para a defesa dos interesses mais diversos, o que talvez explique em parte a grande aceitação desses direitos na retórica contemporânea. (VILLEY, 2007, p. 137-162).

Desse apanhado histórico, conclui o autor que os direitos do homem são fruto de uma ignorância, a ignorância da essência do direito, tão bem desenhada no pensamento clássico. O direito é uma relação entre homens, necessariamente multilateral; a ideia de direitos do homem abstrato, isoladamente considerado, não passa de um oxímoro. Obra de não juristas, produto de uma linguagem confusa e perigosamente ilusória, os direitos do homem devem seu avassalador triunfo na modernidade à decadência da cultura, que tanto mais se aprofunda quanto maior o progresso da técnica. (VILLEY, 2007, p. 163).

3.3 Conclusão parcial

A visão de Michel Villey acerca dos direitos do homem é de um ceticismo que beira o sarcasmo. Baseando-se em elementos da filosofia grega, do direito romano e da teologia medieval, o autor afirma que a ideia de direitos do homem é produto da ignorância da tradição clássica pelos filósofos modernos e que, na forma como são aplicados atualmente, tais direitos, ilusórios que são, não podem gerar nada além de frustrações e injustiças. Resumindo a crítica de Villey à ideia de direitos do homem, pode-se dizer que ele levanta contra ela o problema da irreidade desses direitos.

4 OS DIREITOS DO HOMEM NA VISÃO DE ROBERT ALEXY

Neste item, as reflexões girarão em torno da concepção de Robert Alexy, teórico do direito alemão que busca conferir aos direitos do homem uma fundamentação teórico-discursiva de matriz kantiana.

4.1 As cinco características dos direitos do homem

O que são direitos do homem? Segundo Robert Alexy (2004, p. 02), são direitos que se distinguem por cinco características: direitos (1) universais, (2) fundamentais, (3) abstratos, (4) morais e (5) preferenciais.

Direitos do homem são, em primeiro lugar, direitos universais. Trata-se, aqui, do aspecto subjetivo dos direitos do homem, ou seja, a definição do sujeito a que esses direitos são conferidos: todo ser humano os possui em virtude de sua condição de ser humano. Os direitos do homem são oponí-

veis tanto a outros seres humanos quanto ao Estado, dependendo de qual seja seu objeto (pense-se, por exemplo, no direito à vida; o dever de não atentar contra a vida do ser humano, correspondente a esse direito, não se dirige apenas ao Estado, mas também aos demais seres humanos; o direito do homem de participação na formação da vontade estatal, por seu turno, dirige-se apenas contra o Estado ao qual pertence o indivíduo). (ALEXY, 2004, p. 02). Do ponto de vista do titular, os direitos do homem pertencem apenas ao ser humano como tal; isso exclui o abarcamento de direitos de animais de outras espécies, bem como direitos de grupos, comunidades e Estados, no conceito de direitos do homem. (ALEXY, 2015d, p. 45-46).

Em segundo lugar, direitos do homem são direitos fundamentais. A fundamentalidade, aqui, remete à importância de seu objeto: direitos do homem não dizem respeito a qualquer fonte de bem-estar, a qualquer meio necessário para suprir qualquer carência; através deles são protegidos apenas interesses e carências fundamentais do ser humano. (ALEXY, 2004, p. 02). Esses interesses e carências não apenas devem atender à possibilidade de uma tutela jurídica, mas também devem ser de tal modo importantes que, se não satisfeitos, consequências inaceitáveis (morte, padecimento grave, perda substancial da autonomia) tenham lugar. (ALEXY, 2015d, p. 48).

Em terceiro lugar, direitos do homem são direitos abstratos. A abstração dos direitos do homem remete à indeterminação de seu objeto. É possível obter consenso sobre o direito do homem à saúde; o que, diante de uma situação concreta, esse direito realmente significa é, todavia, extremamente polêmico. (ALEXY, 2004, p. 02). A concretização dos direitos do homem, sua aplicação a casos concretos, pressupõe a necessidade de limitação ou restrição desses direitos em face de direitos individuais de outros titulares ou de bens coletivos, o que somente pode ser levado a efeito mediante ponderação. Com isso, a abstração dos direitos do homem tem como consequência a necessidade de criação de instâncias autorizadas a decisões de ponderação vinculativas juridicamente. (ALEXY, 2015d, p. 48).

Em quarto lugar, direitos do homem são direitos morais. Como direitos morais, os direitos do homem carecem de validade jurídica; sua validade é exclusivamente moral. Não se pressupõe a positividade dos direitos do homem para que esses direitos sejam válidos. Um direito moral existe em razão de sua fundamentabilidade, ou seja, haverá um tal direito se sua validade moral puder ser justificada diante de todo aquele que tome parte em uma fundamentação racional. (ALEXY, 2004, p. 02). Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma que está na sua base valha moralmente. (ALEXY, 2015d, p. 47).

Em quinto lugar, direitos do homem são direitos preferenciais. Direitos morais que são, eles não apenas não podem ser afastados por normas de direito positivo, como também constituem critérios de interpretação para essas normas. (ALEXY, 2004, p. 02). Isso significa que, apesar de sua mo-

ralidade, os direitos do homem estão em íntima conexão com o direito positivo. O direito moral do homem à vida, por exemplo, não significa apenas a proibição de atos contrários à manutenção de sua existência; significa também um direito à proteção da vida por meio do direito positivo. Assim, existe um direito do homem ao Estado, como instância voltada à imposição desses direitos, ou, mais precisamente, um direito moral ao direito positivo, a um direito positivo de tal forma concebido que ele garanta o respeito, a proteção e o fomento dos direitos do homem. Nesse sentido, um direito positivo, para ser legítimo, deve observar os direitos do homem, o que equivale a dizer que, frente ao direito positivo, os direitos do homem gozam de uma prioridade necessária. (ALEXY, 2015d, p. 47).

4.2 A fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem

Com a determinação do conceito e das características dos direitos do homem, nada está ganho ainda quanto à fundamentação desses direitos. Como direitos do homem são direitos morais, sua fundamentabilidade é condição de sua existência. Isso confere ao problema da fundamentação um lugar central na discussão acerca dos direitos do homem. Diante da moralidade inerente aos direitos do homem, a pergunta por sua fundamentação é simultaneamente uma pergunta pela possibilidade de fundamentação de normas morais em geral. (ALEXY, 2004, p. 02-03).

Sobre esse problema, duas são as posições fundamentais. A primeira sustenta a impossibilidade de uma tal justificação, podendo estar baseada em formas radicais de emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo, naturalismo ou desconstrutivismo. A segunda afirma a possibilidade de uma justificação, sustentando que, para as normas morais em geral e para os direitos do homem em particular, razões que estabelecem uma pretensão de objetividade, correção ou verdade podem ser aduzidas. (ALEXY, 2010a, p. 127).⁷

De maneira geral, a primeira posição pode ser classificada como “ceticismo”; a segunda, como “não-ceticismo”. Não são, contudo, posições homogêneas. O não-ceticismo permite uma miríade de aproximações, da qual podem ser extraídos oito tipos de fundamentação dos direitos do homem. (ALEXY, 2004, p. 03).

A primeira é uma fundamentação religiosa. Essa é uma fundamentação metafísica extremamente forte: a da dignidade do homem como ser criado por Deus. Ela, contudo, tem uma desvantagem decisiva: seu alcance é limitado ao âmbito daqueles que compartilham a fé religiosa, ou seja, aqueles

⁷ Teorias morais materiais, que buscam oferecer uma resposta para cada questão moral e, ao mesmo tempo, pretendem que tal resposta seja dotada de certeza intersubjetiva, não se revelam possíveis. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de teorias morais procedimentais, voltadas à determinação das condições do argumentar prático racional. Como exemplo de teoria moral procedimental, a teoria do discurso prático racional é particularmente interessante. (ALEXY, 1994, p. 499).

para os quais tal crença tem o caráter de um dogma. Para os não-crentes, ela é desprovida de valor. Trata-se, portanto, de uma fundamentação incapaz de vincular todos aqueles que aceitam fundamentos racionais, insuficiência verificada em todos os tipos de argumentos religiosos. (ALEXY, 2004, p. 03).⁸

A segunda é uma fundamentação biológica. Ela é radicalmente oposta à fundamentação religiosa, pois, nela, a pura metafísica dá lugar à ciência experimental, baseada na observação da natureza. Segundo essa linha de fundamentação, a moral, como uma forma de altruísmo, é benéfica para a conservação do acervo genético dos indivíduos (os cuidados com a prole são o melhor exemplo disso). O problema dessa fundamentação é, todavia, elementar: entre seres humanos não impera apenas altruísmo, mas também indiferença e mesmo hostilidade. É o aspecto cultural do ser humano, não seu aspecto biológico, que pode servir de apoio para a ideia de direitos do homem. (ALEXY, 2004, p. 03-04).

A terceira é uma fundamentação intuicionista. Trata-se, aqui, de evidências: direitos do homem existem porque seriam evidentes, sem a necessidade de uma fundamentação que fosse além disso. A evidência, contudo, não é, por si só, um bom fundamento, pois ela pode não ser intersubjetivamente compartilhada. Aquele que, diante de um opositor, afirma intransigentemente a evidência de algo, sem oferecer novos fundamentos, aproxima-se de uma posição emotivista, para a qual a fundamentação racional de normas morais seria impossível. Se, porém, atacada a ideia da evidência, são apresentados fundamentos para ela, abandona-se o campo da pura evidência. O intuicionismo não serve, portanto, para dar sustentação aos direitos do homem. (ALEXY, 2004, p. 04).⁹

A quarta é uma fundamentação consensual. Aqui, o consenso serve de fundamento à ideia de direitos do homem. Todavia, se desprovido de argumentos, o consenso não passa de uma concordância de opiniões semelhante a uma forma extrema de “intuicionismo coletivo”; além disso, no caso dos direitos do homem, esse consenso certamente não se verifica. De qualquer forma, são argumen-

⁸ Na tradição judaico-cristã, elementos para uma fundamentação religiosa dos direitos do homem podem ser buscados tanto no Antigo quanto no Novo Testamento. No livro do Gênesis, é narrada a criação do homem à imagem e semelhança de Deus: “‘Façamos o homem à nossa imagem, à nossa semelhança, e tenha poder sobre todos os peixes do mar, e sobre as aves do céu, e sobre os animais, e sobre as feras terrestres, e sobre os répteis que rastejam pela terra.’ Deus criou o homem à sua imagem, criou-o à imagem de Deus, e criou-os homem e mulher. E Deus abençoou-os, dizendo-lhes: ‘Prolificai e multiplicai-vos, e povoai a terra; submetei-a e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem sobre a terra.’” (Gn 1.26-28). E, no Evangelho de Mateus, o Sermão da Montanha revela o mandamento de amor ao inimigo, belamente enunciado por Jesus de Nazaré com as seguintes palavras: “Ouvistes o que foi dito: ‘Amarás o teu próximo e odiarás o teu inimigo.’ Eu, porém, digo-vos: - Amai os vossos inimigos e orai pelos que vos perseguem, para serdes filhos de vosso Pai que está nos céus, o qual faz nascer o seu sol sobre maus e bons, e chover sobre justos e injustos. – Porque, se amais os que vos amam, que recompensa tereis disso? Porventura não fazem o mesmo também os publicanos? E se saudais só os vossos amigos, que fazeis nisso de extraordinário? Acaso não fazem o mesmo também os gentios? Sede, pois, perfeitos como é perfeito o vosso Pai celeste.” (Mt 5.43-48).

⁹ Sobre as posições metaéticas do emotivismo e do intuicionismo, ver ALEXY, 1991, p. 58-69.

tos, e não a pura constatação da existência de um consenso, que podem conferir uma base sólida aos direitos do homem. (ALEXY, 2004, p. 04).

A quinta é uma fundamentação instrumental. Ela diz basicamente que o reconhecimento dos direitos do homem é necessário para todo aquele que pretende maximizar sua utilidade individual. Trata-se, aqui, de uma perspectiva egoística, ou seja, direitos do homem são, do ponto de vista do indivíduo, justificados apenas em razão do fato de que sua observância é vantajosa para ele. A forma mais rudimentar desse argumento pode ser expressa pelo seguinte mandamento: “se não queres ser morto, deves respeitar o direito dos demais à vida”. Esse argumento, todavia, deixa de ser defensável quando é demonstrado que a violação a direitos do homem pode ser mais vantajosa para o indivíduo que a sua observância. São possíveis também modelos mais complexos desse argumento, mas também esses modelos são insuficientes, pois ou devem incluir argumentos não-instrumentais, de modo a evitar as consequências inaceitáveis do puro instrumentalismo, ou devem aceitar essas consequências, que são de todo incompatíveis com os direitos do homem. Isso não torna a fundamentação instrumental sem valor, mas pede que ela seja incluída em um modelo mais complexo, complementado por argumentos de outra natureza. (ALEXY, 2004, p. 04-05).

A sexta é uma fundamentação cultural. Aqui, a história desempenha um papel central: os direitos do homem são entendidos como uma conquista proveniente da evolução cultural da espécie humana, o coroamento de um longo e penoso processo histórico. É uma fundamentação útil, mas tampouco ela é suficiente, pois nem todas as culturas tiveram um desenvolvimento histórico que culminasse no reconhecimento de direitos do homem. O fato de que isso ocorreu em uma ou algumas culturas não significa que tais direitos sejam universalmente válidos. A validade universal dos direitos do homem não pode, portanto, ser extraída da pura experiência histórica, mas deve ser combinada com argumentos. (ALEXY, 2004, p. 05).

A sétima é uma fundamentação explicativa. Os direitos do homem, de acordo com essa linha de fundamentação, são necessários quando se leva em conta aspectos inerentes ao próprio agir humano, especialmente no reino da comunicação. (ALEXY, 2004, p. 05). A fundamentação explicativa revela uma especial importância e, portanto, carece de uma análise mais detida.

A linha de fundamentação adotada por Alexy (2015f, p. 101) para os direitos do homem é de tipo explicativo: uma fundamentação teórico-discursiva. Trata-se de uma variante da concepção liberal kantiana dos direitos do homem, cujas linhas-mestras são os princípios da universalidade e da autonomia. “Universalidade” significa que todos os homens têm determinados direitos; “autonomia” significa que cada um pode ter, individualmente, uma concepção pessoal do bem (autonomia privada) e, simultaneamente, que cada um pode ter, em comum com os demais, uma concepção política do justo e do bem (autonomia pública). A autonomia pública e a autonomia privada pressupõem direitos

do homem e democracia, de tal modo que o seu desenvolvimento integral somente se afigura possível em um Estado Constitucional Democrático no qual os direitos do homem são institucionalizados sob a forma de direitos fundamentais.¹⁰

A fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem depende da construção de uma teoria do discurso composta de regras do argumentar prático racional. A fundamentação dos direitos do homem somente pode ocorrer se, em um primeiro passo, as regras do discurso são justificadas. (ALEXY, 2015f, p. 102).

Alexy (2015f, p. 103) define a teoria do discurso como “uma teoria procedimental da correção prática. Segundo ela, uma norma é, então, correta e, por conseguinte, válida, quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, ou seja, o de um discurso prático racional.” Ao oferecer um conjunto bastante extenso e heterogêneo de regras do argumentar prático racional, a teoria do discurso estabelece as condições necessárias para a racionalidade discursiva, que devem ser preenchidas se o resultado do discurso pretende ser racional.¹¹

Na questão da fundamentação dos direitos do homem, cabe destacar algumas regras:

1. Cada um que pode falar tem permissão de participar em discursos.
2. (a) Cada um tem permissão de pôr em questão cada afirmação.
(b) Cada um tem permissão de introduzir no discurso cada afirmação.
(c) Cada um tem permissão de manifestar suas colocações, desejos e carências.
3. Nenhum falante pode, pela coerção dominante dentro ou fora do discurso, ser impedido nisto, de salvaguardar seus direitos determinados em (1) e (2). (ALEXY, 2015f, p. 103).

Essas regras expressam, no plano do discurso, as ideias da universalidade e da autonomia em um sentido kantiano. Como ideias liberais, elas deixam claro que a teoria do discurso não pode ser dissociada da concepção liberal dos direitos do homem; a ideia do discurso não é, portanto, neutra. (ALEXY, 2015f, p. 103-104).

Coloca-se, nesse ponto, a questão atinente à validade universal das regras do discurso, um pressuposto necessário para que os direitos do homem possam ser fundamentados teórico-discursivamente. Tal validade deixa-se justificar através de um argumento composto de três partes:

¹⁰ Assume relevo, nesse ponto, a concepção kantiana de racionalidade prática, que Alexy, em oposição às concepções aristotélica, hobbesiana e nietzscheana, defende através da teoria do discurso. Para os céticos a respeito da racionalidade prática, como os partidários de Nietzsche, a concepção kantiana revela a possibilidade e as condições dessa racionalidade; para os maximizadores de utilidade, como os partidários de Hobbes, ela opõe a necessidade de que seja pressuposto o interesse em correção, mesmo para aquele cujo interesse exclusivo seja o de maximizar sua utilidade; para os anti-individualistas e anti-universalistas, como os partidários de Aristóteles (e, nesse sentido, também para os de Hegel, já que ao neo-aristotelismo pode ser associado o neo-hegelianismo), ela demonstra o quanto determinadas exigências (notadamente, direitos do homem e democracia) justificam-se como universais, na medida em que podem fomentar a coexistência de diferentes concepções de vida boa. (ALEXY, 2010b, p. 96-113). A relevância disso para o presente estudo reside, sobretudo, na possibilidade de entender Santos como um hegeliano de esquerda e Villey como um aristotélico, ou seja, como representantes de concepções de razão prática superadas pela teoria do discurso. Para maiores detalhes, ver *infra*, item 4.4.

¹¹ Para o conjunto formado pelas regras do discurso, ver ALEXY, 1991, p. 234-255. Uma exposição sintética dessas regras pode ser encontrada em TREVISAN, 2017, p. 102-111.

uma base transcendental, um argumento voltado à maximização da utilidade individual e uma premissa empírica acerca do fato de que pessoas têm interesse em correção. (ALEXY, 2015f, p. 104-105).

Quanto à base transcendental, Alexy (2015f, p. 105-109) toma por base um argumento pragmático-transcendental, um argumento filosófico-idiomático que busca desvendar as pressuposições contidas nos próprios atos de fala (afirmações, fundamentações e assim por diante). Ele parte do pressuposto de que afirmações necessariamente contêm uma pretensão de verdade ou correção. Essa pretensão de verdade ou correção, por sua vez, implica uma pretensão de fundamentabilidade. A pretensão de fundamentabilidade implica um dever *prima facie* de fundamentar o afirmado, quando o destinatário da afirmação assim requerer. Isso significa que o campo da argumentação foi adentrado; todo aquele que fundamenta uma afirmação pretende aceitar o outro como parceiro de fundamentação com os mesmos direitos. Pode-se reconhecer, portanto, três postulados na argumentação: igualdade de direitos, ausência de coerção e universalidade. Autonomia e universalidade estão, com isso, indissociavelmente unidas à argumentação.

Esse argumento transcendental perderia sua validade se se demonstrasse que afirmações e fundamentações poderiam ser arbitrariamente dispensadas. Isso, contudo, pode ser afastado com a constatação de que esses elementos necessariamente são parte integrante da forma de vida mais geral da pessoa:

Se não existem circunstâncias descomuns, como o crescer em completa isolamento, deveria ser faticamente impossível não tomar parte na forma de vida mais geral da pessoa pelo fato de não se fazer nenhuma, ainda também tão trivial, afirmação, de não se expor nenhuma, independente de como constituída, fundamentação e também de não se colocar nunca o equivalente a afirmações e fundamentações, a questão “por quê?”. Cada um tem, em princípio, a capacidade de perguntar, de afirmar algo e de fundamentar algo e cada um dispõe – abstraindo de circunstâncias descomuns – com vista a essas capacidades, pelo menos, de uma prática mínima. (ALEXY, 2015f, p. 110).

Existem, naturalmente, formas de vida concretas bastante diferentes. As regras do discurso, todavia, contêm universais teórico-argumentativos que podem ser encontrados em todas elas, por menos eficazes que sejam na prática. “É evidente que a realidade concreta da pessoa, a sua particular forma de vida, pode, como frequentemente acontece, oferecer obstáculos para o seu desenvolvimento; lá onde o ser humano conservar, no entanto, a capacidade de fazer afirmações, fundamentá-las e questioná-las, o discurso estará presente.” (TREVISAN, 2017, p. 282). A teoria do discurso auxilia, assim, na descoberta de potenciais de razão existentes na realidade humana, o que a aproxima do direito natural, posto que voltada a aclarar a natureza do ser humano – sua aproximação ao jusnaturalismo, contudo, limita-se a esse aspecto. (ALEXY, 2015f, p. 111).

O argumento transcendental tem uma validade faticamente limitada: ele só vale para aqueles que têm um interesse em correção moral. Somente ele não é capaz de fundamentar a validade universal das regras do discurso, pois aqueles que não têm interesse em correção moral não são alcançados por ele. Contudo, do ponto de vista da maximização da utilidade individual (que representa um complemento ao argumento transcendental, juntamente com a premissa empírica relativa ao interesse das pessoas em correção), mesmo para aqueles desprovidos desse interesse é útil estrategicamente a observação das regras do discurso. (ALEXY, 2015f, p. 112).

Déspotas em geral buscam, em regra, uma legitimação não apenas pela força, que é sempre tão custosa e cujos resultados são tão imprevisíveis, mas também por argumentos. Os argumentos por eles utilizados podem até não ser bons, mas existem, e é esse o ponto decisivo. Pressupõe-se, aqui, um número suficiente de pessoas interessadas em correção – interesse que não pode ser superestimado, no sentido de que ele sempre se desenvolve independentemente de outras motivações tendentes a refreá-lo, mas que também não pode ser subestimado, no sentido de ser ele tão fraco que nunca pode chegar a tornar-se eficaz. Voltando ao déspota, deve-se fazer uma distinção, no âmbito do discurso, entre uma validade subjetiva (ou motivacional) e uma validade objetiva (ou institucional): o fato de ele não aceitar, subjetivamente, os demais como parceiros genuínos no discurso não o impede de, objetivamente, observar aquelas regras, tendo em vista a maximização da utilidade individual. A observância às regras do discurso mostra-se, portanto, necessária tanto para aquele que tem interesse em correção moral quanto para aquele que não o tem. (TREVISAN, 2017, p. 242).

A fundamentação da validade universal das regras do discurso pode ser obtida a partir da conjugação desses elementos. Isso, todavia, não implica automaticamente a fundamentação universal dos direitos do homem. Regras do discurso situam-se no âmbito da racionalidade da comunicação, enquanto direitos do homem situam-se no âmbito do agir humano. Da consideração do outro como parceiro de fundamentação não se segue necessariamente o reconhecimento da autonomia do outro fora do âmbito do discurso. Mesmo que, com isso, a tarefa da fundamentação dos direitos do homem esteja facilitada em considerável medida, são necessárias para tanto premissas adicionais. Nesse ponto, três argumentos assumem relevo: o da autonomia, o do consenso e o da democracia. (ALEXY, 2015f, p. 113-115).

Segundo o argumento da autonomia, todo aquele que participa genuinamente de um discurso deve pressupor a autonomia de seu parceiro, do que necessariamente decorre todo um catálogo de direitos do homem. Esses direitos do homem podem ser reconduzidos a um direito geral à autonomia, o direito de liberdade geral, que, por sua vez, fundamenta todos os direitos de liberdade. Além disso, direitos que estabelecem os meios necessários para que se possa atuar de forma autônoma também estão abrangidos pelo direito geral à autonomia; entram aqui direitos sociais como, por exemplo, o direito ao mínimo existencial. (ALEXY, 2015f, p. 116-120).¹²

¹² Demonstra-se, com isso, que a concepção de Alexy acerca dos direitos do homem, apesar de seu viés eminentemente liberal, não abrange apenas os ditos direitos de primeira geração (os direitos de liberdade), mas também os chamados

Por sua vez, o argumento do consenso oferece um complemento necessário ao argumento da autonomia, direcionando para a imparcialidade e igualdade e, com elas, para a universalidade. Com o enlace entre consenso e autonomia, chega-se ao resultado de que apenas a igualdade dos direitos do homem poderia ser sustentada em um discurso ideal. Na fundamentação dos direitos do homem, autonomia e universalidade estão, assim, unidas. (ALEXY, 2015f, p. 121-126).

Resta o argumento da democracia. De acordo com ele, a institucionalização do discurso depende de procedimentos democráticos de formação da vontade política, ou seja, a união entre correção e legitimidade. Isso pressupõe a validade e o exercício tanto dos direitos do homem políticos quanto dos não-políticos, necessários para que o indivíduo possa atuar na esfera pública de forma livre e autônoma. Discurso pressupõe democracia; a teoria do discurso, além de apta a fundamentar os direitos do homem, converte-se, com isso, em teoria de base do Estado Constitucional Democrático. (ALEXY, 2015f, p. 127).

Voltando à exposição das linhas de fundamentação dos direitos do homem, a oitava e última é a existencial. Ela fornece um complemento necessário à fundamentação explicativa, estabelecendo a necessidade da natureza discursiva do ser humano. A questão, em última análise, gira em torno de uma decisão sobre o que é o ser humano, se ele quer aceitar a si mesmo como criatura discursiva. (ALEXY, 2004, p. 07).

4.3 A institucionalização dos direitos do homem

A fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem é capaz de oferecer uma resposta satisfatória à pergunta pelo fundamento desses direitos, mas não resolve todas as questões que se deixam colocar nesse âmbito. Direitos do homem são direitos morais, o que significa que valem independentemente do direito positivo, mas não são apenas isso. São também direitos preferenciais, o que significa que reclamam a sua institucionalização como um dos pilares do Estado Constitucional Democrático. Na própria ideia de direitos do homem já está contida a necessidade de sua positivação na forma de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, portanto.¹³

direitos de segunda geração (os direitos sociais). Nesse sentido, pode-se dizer que o Estado ideal é aquele capaz de proporcionar a convivência harmônica entre a dimensão social e a dimensão liberal, aquelas mesmas dimensões que, sob a forma de dois distintos sistemas econômicos (capitalismo de um lado, socialismo de outro), representaram a divisão do mundo durante a Guerra Fria. A superação desse conflito e a necessidade de conciliação entre liberdade, por um lado, e proteção social, por outro, somente pode ser feita no interior do Estado de Direito Democrático e Social; ao mesmo tempo, na promoção dessa harmonia, a teoria da ponderação desempenha um papel de destaque. (TREVISAN, 2015, p. 210).

¹³ No sistema filosófico-jurídico de Alexy, a institucionalização dos direitos do homem pode ser entendida como parte de um todo, a institucionalização da razão. Razão somente pode ser institucionalizada suficientemente – e, com isso, reconciliadas a dimensão real ou fática do direito (os elementos da decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, as linhas-mestras do positivismo) e a sua dimensão ideal ou crítica (a ideia de correção) – se, entre outros elementos,

Direitos fundamentais são, assim, direitos acolhidos em uma Constituição com vistas à positividade dos direitos do homem. Catálogos de direitos fundamentais podem prever mais ou menos do que deveriam, ou seja, não apenas direitos que não se enquadram como direitos do homem podem ser positivados como direitos fundamentais, mas também direitos do homem podem ser excluídos desses catálogos (embora essa última possibilidade signifique um vício da Constituição). Saliente-se, todavia, que as tentativas de institucionalização dos direitos do homem podem, dependendo de fatores os mais diversos, ter um êxito maior ou menor. (ALEXY, 2010a, p. 125).

De qualquer forma, embora os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sejam parte essencial do ordenamento jurídico interno, eles remetem a algo universal, os direitos do homem, cuja validade independe de positividade. A institucionalização dos direitos do homem como direitos fundamentais apresenta, portanto, problemas semelhantes em distintos ordenamentos, problemas esses que podem ser enfrentados por uma ciência dos direitos fundamentais em sentido amplo, capaz de transcender as fronteiras nacionais. (ALEXY, 2015c, p. 55-56).

Um desses problemas revela, para os fins deste estudo, uma especial importância: o grau extremo de abstração desses direitos, cuja concretização depende de um modelo correspondentemente mais complexo do decidir e do fundamentar jurídico. Em Alexy, esse modelo é a ponderação.¹⁴

Com efeito, do ponto de vista da aplicação, não se pode superestimar o potencial analítico dos catálogos de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Eles invariavelmente empregam termos vagos e dotados de forte carga valorativa, tais como “dignidade”, “liberdade”, “igualdade”, “intimidade” e “propriedade”; se se quer conservar o caráter vinculativo da Constituição, está-se diante de um problema, pois a abertura inerente a esses termos torna-os refratários aos métodos tradicionais da interpretação jurídica. Ao mesmo tempo, contudo, é exigido para sua aplicação o mais alto grau de racionalidade. Esse grau de racionalidade é oferecido pela teoria dos princípios. (ALEXY, 2012, p. 337).

Há, segundo Alexy (1994, p. 75-77), duas espécies de normas: regras e princípios. Regras contêm fixações no âmbito do possível fática e juridicamente; significa que, se uma regra vale e é aplicável, deve-se fazer exatamente aquilo que ela pede. Uma regra somente pode ser cumprida ou não cumprida, ou seja, seu cumprimento é uma questão de tudo ou nada. São “mandamentos definitivos”. Princípios,

direitos do homem e democracia são, como expressão de um constitucionalismo discursivo, reconhecidos e observados. (KLATT, 2012, p. 01-02).

¹⁴ Um outro problema que se coloca aqui diz respeito à relação entre direitos fundamentais, de um lado, e democracia, de outro, pois a institucionalização desses direitos como juridicamente vinculativos significa que o parlamento está impedido de violá-los, sendo que eventuais violações podem ser apreciadas em sede de jurisdição constitucional. Com isso, poderes de decisão são suprimidos à maioria parlamentar e entregues a juizes que não possuem legitimidade democrática direta. Trata-se de uma questão da maior relevância; todavia, em face dos objetivos deste estudo, ela não será abordada aqui. Uma exposição minuciosa da resposta que Alexy oferece ao problema da relação entre democracia e direitos fundamentais pode ser encontrada em TREVISAN, 2017, p. 237-259.

por sua vez, exigem que algo seja cumprido em uma medida máxima possível em atenção às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, portanto, “mandamentos de otimização”, que admitem cumprimento em diferentes graus, em atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas do caso (essas últimas representadas pelas regras e – mormente – pelos princípios que vêm em sentido contrário).

São numerosas as consequências dessa distinção, bem como vívidas as discussões em torno dela.¹⁵ Aqui, o mais importante a ressaltar é que a distinção qualitativa entre regras e princípios, tal como operada por Alexy, leva a duas distintas formas de aplicação: regras são aplicáveis mediante subsunção, enquanto princípios o são mediante ponderação. Princípios e ponderações, assim, são dois lados da mesma moeda, um de tipo teórico-normativo e outro de tipo metodológico. Quem trabalha com princípios pressupõe ponderações e vice-versa. (ALEXY, 2015c, p. 64).

Normas de direitos fundamentais são normas de caráter principiológico:¹⁶ direitos fundamentais são propensos a colidir, e a solução desse tipo de colisão depende necessariamente de uma ponderação entre eles.¹⁷ Mas no que consistiria exatamente o modelo da ponderação? Seria esse um procedimento efetivamente racional e controlável?

Em Alexy, a racionalidade da ponderação é assegurada pela exigência de dois tipos de justificação: a interna e a externa. A justificação interna requer um modelo analítico capaz de justificar a decisão com base nas premissas adotadas para ela. A justificação externa, por sua vez, exige a correção das premissas adotadas na justificação interna.¹⁸

A justificação interna da ponderação é dada pela fórmula peso. (KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 37). Trata-se de um modelo aritmético capaz de traduzir numericamente as atribuições correspondentes aos graus de intervenção em cada um dos princípios colidentes, bem como seus pesos abstratos e os graus de segurança acerca das intensidades de intervenção. Aqui, é dispensável uma análise mais detalhada dessa fórmula;¹⁹ basta referir que ela constitui um modelo analítico extremamente rigoroso para a estrutura da ponderação. Os fatores utilizados na fórmula, contudo, dependem de atribuições

¹⁵ No Brasil, apenas para citar um exemplo, Humberto Ávila (2013, p. 49-158) tece uma série de críticas à distinção de Alexy, culminando por desenvolver sua própria teoria, na qual regras e princípios não apenas são diferenciados de acordo com novos critérios, mas também é acrescido à distinção um terceiro plano, o dos postulados. Para uma resposta às objeções de Ávila à teoria de Alexy, bem como para uma análise crítica do modelo por ele proposto, ver TREVISAN, 2017, p. 173-221.

¹⁶ Nesse sentido, a teoria dos princípios está em íntima conexão com o princípio da proporcionalidade: os três princípios parciais da proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito) resultam logicamente do caráter de princípio das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 1994, p. 100).

¹⁷ Essa afirmação comporta algumas relativizações, como, por exemplo, no caso da norma de direito fundamental associada, uma norma de direito fundamental que possui não a estrutura de princípio, mas a de regra. Sobre esse conceito, ver LUDWIG, 2014, p. 31-56.

¹⁸ Para uma análise de caso pormenorizada envolvendo a justificação interna e externa de uma decisão de ponderação, ver ALEXY, 2015a, p. 20-45.

¹⁹ Para isso, ver ALEXY, 2015b, p. 131-153. Recentemente, Alexy operou uma importante mudança em uma das variáveis da fórmula; sobre essa atualização, ver HECK, 2017, p. 125.

que carecem de justificação, e esse é o campo da justificação externa; ela é dada pelo enlace entre a ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional. Portanto, o modelo de ponderação é simultaneamente um modelo de fundamentação, o que garante a sua racionalidade: o resultado da ponderação não depende das inclinações subjetivas daquele que pondera, mas de um processo de fundamentação, no qual a argumentação jurídica racional desempenha um papel da maior relevância. (ALEXY, 1994, p. 144-152).

4.4 Conclusão parcial

Do cotejo entre a proposta de Alexy e a dos autores anteriormente analisados, é possível afirmar que o jusfilósofo alemão não apenas defende uma posição mais sólida, mas também oferece um modelo apto a resolver os problemas levantados pelos demais.

No que tange aos problemas da fundamentação e da garantia dos direitos do homem referidos por Norberto Bobbio,²⁰ Alexy é capaz de oferecer tanto uma fundamentação consistente para os direitos do homem quanto instrumentos teóricos imprescindíveis para sua concretização como direitos fundamentais.

Com efeito, a fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem, embora não tenha a força de uma “fundamentação absoluta” que Bobbio parece buscar (como seria uma fundamentação de matriz religiosa, por exemplo), ao direcionar para aquilo que está pressuposto no agir comunicativo do ser humano, é capaz de preencher a lacuna referente à fundamentação daqueles direitos. Através dela, é possível explicar a conexão necessária entre autonomia e universalidade, de um lado, e direitos do homem, de outro. Bobbio manifesta o receio de que uma fundamentação para os direitos do homem seria impossível de obter, dentre outras coisas porque eles seriam antinômicos e restringíveis entre si; assim, direitos do homem poderiam ser objeto de restrição em favor de outros direitos, questão particularmente aguda no conflito entre direitos de liberdade e direitos sociais. Isso, contudo, não parece falar contra a possibilidade de uma tal fundamentação, pois a concretização de um direito é algo distinto de seu fundamento. E, mesmo que assim não fosse, a teoria dos princípios oferece uma solução para o problema, exigindo a ponderação para que, diante do caso concreto, o conflito entre os direitos em jogo (sob a forma de princípios) possa ser resolvido.

Quanto ao segundo problema levantado por Bobbio, o da garantia dos direitos do homem, apesar de seu viés marcadamente político, a exigência de institucionalização desses direitos, decorrência da prioridade necessária da qual eles desfrutam ante o direito positivo, parece ser a maior das garanti-

²⁰ Ver supra, item 1.

as. Positivar direitos do homem como direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos significa garanti-los no plano interno; ao mesmo tempo, positivá-los em tratados e convenções internacionais, bem como em outros instrumentos de direito internacional, significa garanti-los no plano externo. O passo decisivo para a garantia dos direitos do homem é, pois, a sua institucionalização, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. (ALEXY, 2015d, p. 43-44).

Quanto aos problemas da universalidade e da legitimação cultural dos direitos do homem colocados por Boaventura de Sousa Santos,²¹ também aqui a teoria de Alexy oferece uma resposta à altura.

A universalidade dos direitos do homem é, de acordo com a fundamentação teórico-discursiva, um espelho da validade universal das regras do discurso, regras essas que expressam universais teórico-argumentativos presentes no agir comunicativo do ser humano. Santos até poderia ter razão em impugnar a validade universal dos direitos do homem se fosse possível para ela apenas uma fundamentação de tipo cultural, ou seja, uma fundamentação puramente empírico-descritiva, segundo a qual os direitos do homem seriam uma conquista histórico-cultural da humanidade. É um fato que esses direitos não são reconhecidos em todas as partes do planeta; quem, todavia, pretende derivar disso uma objeção à validade universal dos direitos do homem ignora que existem razões suficientemente fortes de outras ordens para essa universalidade. A fundamentação teórico-discursiva dos direitos do homem estabelece que, se todo ser humano possui autonomia – uma pressuposição necessária da teoria do discurso –, então todo ser humano é titular de direitos do homem.

Quanto à legitimação cultural desses direitos, se isso é entendido como a possibilidade de descoberta de potenciais de razão inerentes à natureza humana, também aqui a teoria do discurso pode contribuir. Como as regras do discurso não definem uma particular forma de vida, mas algo que, do ponto de vista teórico-argumentativo, é comum a todas elas, é possível que um diálogo entre membros de diferentes formas de vida seja desenvolvido sobre sua base. (ALEXY, 1991, p. 419). Registre-se que isso não é uma mera especulação; discussões acerca de diferentes formas de vida e visões de mundo são frequentes na prática. Pense-se, apenas como um exemplo entre muitos, no diálogo entre um cristão e um comunista. Formas de vida distintas não são fortalezas inexpugnáveis; sempre é possível discuti-las e compará-las pela via do argumento. (ALEXY, 1991, p. 76). A constatação dessa possibilidade não infirma a universalidade dos direitos do homem, mas a reforça.

Por fim, a posição de Alexy é capaz de fazer frente ao problema da irrealidade dos direitos do homem, na forma colocada por Michel Villey.²²

²¹ Ver supra, item 2.

²² Ver supra, item 3.

A tese da natureza dupla do direito, tal qual ela aparece em Alexy (2015e, p. 27-30), pressupõe a união das dimensões real e ideal do direito. Assim, o lado fático do direito, que concerne à positividade, está em uma conexão necessária com seu lado ideal, correspondente à ideia de correção. Considerada discursivamente, a ideia de correção leva inexoravelmente a direitos do homem e democracia. Ao sustentar a irrealidade dos direitos do homem, Villey mostra estar imbuído da forma de pensar jusnaturalista, parecendo supor que esses direitos deveriam ser algo objetivamente pré-dado; na verdade, o reconhecimento e a institucionalização desses direitos constitui um processo, no qual muito já foi ganho, mas cujo fim ainda não pode ser vislumbrado. Nesse processo, idealidade e realidade complementam-se: os direitos do homem não são algo estático, mas dinâmico. Diante disso, parece precipitado derivar das dificuldades de institucionalização e concretização dos direitos do homem a sua “irrealidade”; a fundamentação teórico-discursiva desses direitos permite afirmar que eles não apenas são reais, mas também são desejáveis. O fato de tais direitos serem frequentemente conflitantes entre si, um dos problemas centrais que, segundo Villey, levam à irrealidade dos direitos do homem, não faz sentido como crítica; a teoria dos princípios é capaz de oferecer para ele uma solução adequada, o modelo da ponderação. Quanto a isso, cumpre observar que direitos do homem apenas podem entrar em rota de colisão porque existem e são válidos – são, portanto, vinculativos como direito.

CONCLUSÃO

Buscou-se, dentro das limitações de espaço de um artigo científico, um referencial teórico suficientemente forte para fazer frente aos problemas que se deixam colocar no âmbito dos direitos do homem. Os resultados obtidos serão aqui sintetizados e comentados.

Norberto Bobbio afirma a impossibilidade de encontrar-se um fundamento absoluto para os direitos do homem. O problema central, na visão desse autor, não está em fundamentar esses direitos, mas em protegê-los. Bobbio reconhece a existência de um consenso amplo acerca do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, abrangedor de todos os povos e, portanto, verdadeiramente universal, algo inexistente nas declarações que a precederam. Há, contudo, países nos quais os direitos do homem não são devidamente respeitados. A proteção dos direitos do homem esbarra na ausência de uma jurisdição internacional capaz de coagir os Estados a observá-los. Isso, contudo, não impede Bobbio de ver os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade.

Talvez tenha faltado ao grande jurista e politólogo italiano uma maior tenacidade na busca por uma fundamentação para os direitos do homem, bem como um maior rigor analítico no tocante à aplicação desses direitos. Quanto maior é o dissenso teórico acerca dos direitos do homem, mais for-

temente se coloca a exigência de sua fundamentação; da mesma forma, quanto mais avança o processo de institucionalização desses direitos, mais intensa deve ser a busca por parâmetros de racionalidade em sua aplicação. De qualquer forma, cumpre registrar o louvável entusiasmo com que Bobbio trata da matéria dos direitos do homem.

Boaventura de Sousa Santos manifesta sua discordância com relação à ideia de universalidade dos direitos do homem. Ele defende que, na forma como são concebidos atualmente, esses direitos são um “localismo globalizado”, ou seja, uma manifestação cultural específica de uma determinada cultura, a ocidental, imposta mundialmente, sem a participação ativa de outras culturas. Não obstante, Boaventura de Sousa Santos reconhece a possibilidade de uma utilização progressista da linguagem dos direitos do homem; para isso, contudo, assinala ser necessário o reconhecimento da legitimidade de tais direitos no interior das diferentes culturas. Eles deixam, com isso, de ser uma simples imposição da cultura dominante. Tal situação, porém, somente é possível através do diálogo intercultural.

A objeção do sociólogo português à universalidade dos direitos do homem seria sustentável se a validade universal desses direitos estivesse baseada exclusivamente em argumentos referentes à história e à cultura dos povos. Não é esse, todavia, o caso; há fundamentos suficientemente fortes de outras ordens a apoiar essa validade. Registre-se, além disso, que a posição de Santos pode conduzir perigosamente a uma justificação indireta de violações aos direitos do homem em culturas refratárias a tais direitos; a diversidade cultural dos povos que habitam o planeta é o reflexo mais visível da incomensurável riqueza da humanidade, mas, ao mesmo tempo, o multiculturalismo não deve ser usado como uma espécie de “espantalho” para encobrir atos bárbaros de violação aos direitos do homem. Esses direitos representam, de acordo com a teoria do discurso, exigências ético-jurídicas mínimas que escapam ao relativismo das circunstâncias históricas e culturais, uma vez considerado o ser humano como capaz de liberdade e autonomia. Que esses direitos devem ser impostos pelo diálogo, e não pela força, não passa de um truísmo; também para isso é capaz de contribuir a teoria do discurso. Seja como for, é digno de nota que mesmo um pensador de esquerda como Boaventura de Sousa Santos reconheça o valor dos direitos do homem como um instrumento do progresso das diferentes culturas.

Michel Villey manifesta um profundo ceticismo em relação aos direitos do homem. Segundo ele, tais direitos seriam irrealis, geradores de profundas frustrações e injustiças quando aplicados. Apenas sarcasmo dedica o jusfilósofo francês ao programa das declarações de direitos, bem como espanto pelo fato de que esses direitos sejam tão frequentemente reconhecidos como algo positivo, uma verdadeira conquista da humanidade. Para dar sustentação a essa tese, ele sublinha que o vazio da ideia de direitos do homem pode ser corroborado pela inexistência de algo sequer semelhante a esses direitos na tradição clássica.

Aqui, deve ser salientado que Willey, um ultraconservador católico, parece defender que, no tocante aos direitos do homem, a roda da história deva ser girada para trás – uma posição absolutamente retrógrada, com a qual dificilmente concordariam mesmo aqueles que compartilham sua visão de mundo metafísico-religiosa. E, além de retrógrada, ela não parece muito consistente; chega a ser curioso o fato de o autor invocar a ausência dos direitos do homem na Grécia, em Roma e no Medievo para justificá-la. É lícito pensar que, se os romanos tivessem uma noção, ainda que rudimentar, de direitos do homem, não teria Jesus de Nazaré sido considerado culpado sem ter cometido crime algum, bem como infamemente açoitado pelos legionários até os cimos do Gólgota, onde a terrível morte na cruz o esperava. Não seria o suplício de Cristo, *de per si*, um poderoso libelo pelos direitos do homem?

Robert Alexy, por fim, concebe os direitos do homem como direitos dotados de cinco características: direitos universais, fundamentais, abstratos, morais e preferenciais. O jusfilósofo alemão sustenta para eles a possibilidade uma fundamentação teórico-discursiva de matriz kantiana, regida pelas ideias de universalidade e autonomia; da validade universal das regras do discurso, conjugada com os argumentos da autonomia, do consenso e da democracia, os direitos do homem podem ser consistentemente fundamentados como direitos universais. O problema subsequente, relativo à institucionalização desses direitos, pode, especialmente no que tange à sua aplicação, ser solucionado com o instrumental fornecido pela teoria dos princípios, notadamente a ponderação racional.

Assim, a solidez da fundamentação dos direitos do homem fornecida por Alexy e o fato de que sua teoria é capaz de fazer frente aos principais problemas que se colocam nesse âmbito credenciam-na como o ponto de referência comum na matéria, aquele ponto de referência que o presente estudo pretendeu encontrar e apresentar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Análise Lógica de Decisões Jurídicas. In: Idem. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. A Fórmula Peso. In: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social. In: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015c.

_____. Comments and Responses. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University, 2012.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: Idem. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015d.

_____. Menschenrechte ohne Metaphysik? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlin, 52, 2004.

_____. Minha Filosofia do Direito. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação*: Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015e.

_____. Teoria do Discurso e Direitos do Homem. In: Idem. *Direito, Razão, Discurso*: Estudos para a Filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015f.

_____. Teoria do Discurso e Direitos Fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der Juristischen Argumentation*: die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Uma Concepção Teórico-Discursiva da Razão Prática. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução dos textos originais, com notas, dirigida pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma. São Paulo: Paulinas, 1967.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mai. 2017.

HECK, Luís Afonso. A Ponderação no Código de Processo Civil. In: Idem (org.). *Direito Positivo e Direito Discursivo*: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional e Ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System. in: Idem (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University, 2012.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a Doutrina da Ponderação da Teoria dos Princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LUDWIG, Roberto José. *A Norma de Direito Fundamental Associada: Direito, Moral, Política e Razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude: um Estudo em Teoria Moral*. Tradução de Jussara Simões. Revisão Técnica de Helder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001.

MAURER, Hartmut. *Ideia e Realidade dos Direitos Fundamentais*. In: Idem. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*. in: Idem. *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TREVISAN, Leonardo Simchen. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy*. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 01, agosto, 2015.

_____. *Ponderação, Argumentação, Racionalidade: Robert Alexy e Seus Críticos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.