

7

Direitos Fundamentais: Crítica e História *Fundamental Rights: Critical and History*

MARCELO GOMES FRANCO GRILLO

Advogado formado pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS;
bacharelado em Filosofia, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP;
mestrando em Direito Político e Econômico, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie;
especialista em Direito Constitucional, pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC,
e em Direito Processual Civil, pela PUC-SP.

Os “direitos humanos” nos parecem ilusórios e impraticáveis. Procurávamos um substituto para eles. Talvez já existisse na Antigüidade um sistema dos deveres morais, uma moral universalista – com a condição de que a moral seja levada a sério, não confinada à esfera de um puro ideal e não desprovida de eficácia.

Michel Ville

Resumo

O artigo busca tecer os aspectos históricos e culturais dos direitos fundamentais, na expectativa de propugnar uma visão crítica ao seu conceito e ao seu desenvolvimento teórico. Não tem, com isso, intenções que nos manuais de Direito são capitais, sendo mais uma leitura dialética e histórica da doutrina dos direitos fundamentais que propriamente ou apenas uma leitura dogmática positivista.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos humanos, crítica do Direito, História e filosofia.

Abstract

This article intends to investigate historical and cultural aspects of fundamental rights, in the perspective that defends the idea of a critical vision in its conception and in development of the theory. There is no intention like in law text compilations, being more a dialectic and historical reading of the doctrine of the fundamental rights, than properly or just a positive reading.

Keywords: Fundamental rights, Human rights, Rights critical, History and philosophy.

1. INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais deve ser feito à luz da teoria constitucional por uma metódica dialética histórica. Para a compreensão dos direitos fundamentais, tornam-se importantes as questões filosóficas e culturais que delineiam a própria história. Assim, serão definidos os direitos fundamentais para, após, contextualizá-los historicamente, na tentativa de compreendê-los, de forma ampla, como decorrentes da sociedade moderna.

Somente pela perspectiva histórica e cultural é possível ter bases sólidas para uma compreensão mais isenta dos direitos fundamentais, fugidia das formas dogmáticas da doutrina positivista.

O que se pretende neste artigo é estudar os direitos fundamentais na sua relação com as fases históricas que o Estado assumiu. Partir-se-á da não-concepção dos direitos fundamentais, da inexistência dos direitos senão como privilégios, no feudalismo, para constatar o surgimento dos direitos fundamentais no Estado liberal e, após, para a virada teórica possibilitada pelo Estado social. Somente dentro desta tripla percepção do fenômeno jurídico na história é que se tem a exata dimensão dos direitos fundamentais. É certo que toda esta análise dos direitos fundamentais, em um primeiro momento, deixa de incluir o fenômeno jurídico na América Latina na sua mais vasta percepção (pois deixa de observar o existencialismo do direito, nos dizeres de Jannette Antonios Maman – o direito do **ser-aí**, de acordo com Heidegger)¹, sendo decorrente da visão apenas histórica teórica inaugural dos direitos fundamentais (inaugural aqui entendida como européia, e esta não no sentido de colonizadora).

¹ MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do Direito*.

De outra maneira, no decorrer deste artigo, será feita uma análise mais crítica dos direitos fundamentais, incluindo a questão dos direitos humanos como retórica – e aqui, sim, pode-se refletir sobre a questão do existencialismo, do **ser-aí** nas periferias dos países vitimados pelas grandes potências.

Este texto não parte apenas desta perspectiva dialética histórica e crítica; traz resumidamente, por outro lado, as concepções analíticas dos direitos fundamentais, mais especialmente referente aos diversos termos que são utilizados com o significado de direito fundamental, como também em relação ao próprio conceito dogmático do direito fundamental.

Entretanto, o foco principal é a crítica propriamente dita aos direitos fundamentais. Com apoio na história da filosofia, constatar-se-á que os direitos fundamentais representam na atualidade o próprio discurso do Direito moderno: racionalista, incorporado à ideologia neoliberal.

2. DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Na doutrina dogmática, o conceito de direitos fundamentais pode aparecer ora valorando o aspecto estritamente constitucional, ora valorando este e o aspecto histórico institucional, mas sempre em estrita conexão com a idéia de pessoa humana.

Daí também a doutrina trazer a distinção entre Constituição material e Constituição formal. Essa distinção, em si só, não representa grande importância para a questão dos direitos fundamentais, apenas representando interesse no que diz respeito à topografia, no caso de se tratar de direitos fundamentais assentes numa constituição material ou em uma constituição formal, como expressão das pessoas enquanto tais:

Por direitos fundamentais, entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material².

Em relação à pessoa humana, a doutrina dos direitos fundamentais é uníssona, no sentido de que não há propriamente direitos fundamentais sem o reconhecimento integral da condição de pessoa humana e das garantias jurídicas a ela dadas, frente ao poder do Estado, ao próprio poder político:

² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 7.

(...) Não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando-se de um estatuto comum, e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.³

Entende-se, na história moderna, o reconhecimento da pessoa humana quando ela está amparada por um Estado constitucional. Desta forma, percebem-se inseparáveis os direitos fundamentais da idéia de constitucionalização, sendo certo que os direitos fundamentais surgiram modernamente, tendo por vontade garantir os cidadãos frente ao Estado; ou seja, historicamente, os direitos fundamentais aparecem primeiramente como direitos negativos, de abstenção do Estado frente aos cidadãos, dentro do movimento constitucionalista do século XVIII. Aqui, pode-se falar na questão estritamente histórica dos direitos fundamentais, sendo que estes representaram uma passagem histórica determinada, no caso dos direitos fundamentais de primeira geração, a passagem do *Ancien Régime* à sociedade burguesa.

Nesse sentido, a revolução burguesa foi uma revolução contra o absolutismo, contra o antigo regime feudalista, visando a garantir politicamente a burguesia como classe economicamente em ascensão, e a doutrina dos direitos fundamentais representa essa passagem histórica.

Portanto, no pensamento moderno só faz sentido aludir aos direitos fundamentais e, principalmente, à sua eficácia jurídica relacionada à sua efetividade social, na medida da sua constitucionalização (material ou formal) e tendo sempre por medida inicial o Iluminismo decorrente da Revolução Francesa.

E é por essa questão histórica que a temática da constitucionalização e da positivação dos direitos fundamentais aparece com suma importância a sublinhar a teoria da efetividade das normas constitucionais, fazendo-lhe coro. Passou-se da doutrina do direito natural para a doutrina do direito positivo, do jusnaturalismo “místico” à racionalidade do Direito moderno.⁴

Por esse caminho de racionalização, houve o movimento de codificação logo após a Revolução Francesa, sendo exemplo o Código Civil de Napoleão.

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 8.

⁴ Conforme anotou Alysson Leandro Mascaro: “Se a marca que distingue a filosofia medieval é o império da fé, a marca da filosofia moderna é certamente a preocupação com o problema da racionalidade, a partir do problema do conhecimento”. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*, p. 21.

Posteriormente, em meados do século XX, outras teorias, já sob as bases do Direito científico moderno, começaram a endossar a questão da efetividade dos direitos fundamentais. Como exemplo, tem-se, neste período, a obra *A força normativa da Constituição*, de Korand Hesse. Nessa obra, Hesse reforçou a teoria da aplicabilidade da Constituição, afirmando que as normas constitucionais contêm normatividade perante a realidade concreta, podendo, inclusive, sobrepujar essa realidade. Assim, a constitucionalização e a positivação dos direitos fundamentais foi imprescindível dentro do panorama da sociedade moderna racionalista:

*Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (....) y, al próprio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.*⁵

Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.⁶

*Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).*⁷

Fato, porém, que deve ser perquerido é se essa positivação dos direitos fundamentais garantiu-os, a todos, indistintamente. Ver-se-á que não, e que as conquistas dos seres humanos são históricas e concretas (não-decorrentes de uma positivação inicial), como o caso dos direitos dos negros e dos direitos das mulheres, que foram conquistados nas lutas históricas e na lenta mudança cultural da sociedade moderna.

Os direitos fundamentais são decorrências históricas, construídos dentro da modernidade, que há muito assumiu o papel de racionalização do conhecimento. Na contemporaneidade, não há direitos fundamentais efetivos sem a possibilidade de sua concretização, que pode acontecer inclusive por meio de políticas públicas, pressupondo, por outro lado, a inaugural positivação dentro do sistema normativo estatal (posição jurídica da dogmática moderna).

⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 20.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 375.

⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 20.

3. ALGUMAS DISTINÇÕES NOMINATIVAS E CONCEITUAIS

Em relação à temática dos direitos fundamentais, algumas distinções conceituais ou simplesmente nominativas são feitas. Entre elas, cita-se a distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são freqüentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente.⁸

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de Direito Internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano com tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁹

Em relação a essa temática, conforme anotou Igo Wolfgang Sarlet, não há dúvidas de que os direitos fundamentais são em si e por si direitos humanos, *verbis*:

Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estados).¹⁰

Outras distinções são feitas na doutrina, tendo em vista o contexto político, histórico, social ou, mesmo, filosófico nos quais os direitos fundamentais apareceram. Distinguem-se as expressões nominativas “direitos fundamentais”, “direitos naturais”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos” e “liberdades fundamentais” ou “liberdades públicas”.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 391.

⁹ SARLET, Igo Wolfgang, p. 35.

¹⁰ *Idem*.

Direitos naturais são os que decorrem das correntes filosóficas do jusnaturalismo, de que Hobbes e Locke são exemplos. Esse tratamento nominativo atualmente é feito por aqueles que tentam resgatar a idéia de que os direitos dos homens são inerentes à natureza destes, direitos inatos que cabem ao homem somente pelo fato de ser homem. Trata-se de uma ilusão iluminista, com base numa abstração pura, própria da filosofia idealista.

Direitos individuais dizem-se dos direitos do indivíduo isolado, relembrando a questão do individualismo, própria do liberalismo, das declarações do século XVIII. Como lembrou José Afonso da Silva, direito público subjetivo é conceito do liberalismo interligado à noção de individualismo¹¹. Liberdades fundamentais e liberdades públicas também são nomações carregadas da carga ideológica da Revolução Francesa, próprias da relação de abstenção do Estado na esfera do indivíduo.

Vê-se que todos os tratamentos nominativos que são colocados como sinônimos de direitos fundamentais têm um contexto ideológico específico relacionado a um determinado contexto histórico. Isso acaba por ser o mais importante, e não o desenvolvimento das diversas linhas explicativas sob cada termo cunhado dogmaticamente. Antes, ter a exata noção de que cada nomação dada obedece a uma escolha histórico-ideológica.

4. DA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A interpretação histórica do Estado moderno na sua relação com os direitos fundamentais é a melhor linha metodológica para compreensão dos direitos fundamentais como direitos históricos culturais. Para tal análise, devem-se tomar três momentos históricos distintos: o feudalismo, onde os direitos tinham caráter de privilégios, sendo sua existência equivalente a sua própria negação¹²; o Estado liberal, onde os direitos eram decorrentes do movimento iluminista; e o Estado social, em que os direitos são prestacionais (surgiram os direitos sociais). De valiosa contribuição didática é a citação de Jorge Miranda sobre o direito no feudalismo:

E porque não há uma relação geral e imediata entre o poder do Rei e os súditos, os direitos são a estes conferidos não enquanto tais, individualmente considerados, mas sim enquanto membros dos grupos em que se integram; são direitos em concreto e em particular, como expressão da situação de

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 55.

¹² Claramente diz-se que a existência dos direitos no feudalismo constituía a própria negação dos direitos, uma vez que somente consubstanciava privilégios.

cada pessoa; direitos que se apresentam como privilégios, regalias, imunidades que uns têm e outros não, ou direitos institucionais, em vez de direitos atribuídos genericamente a todas as pessoas.¹³

É a doutrina do direito natural da igreja católica, que surgiu no feudalismo. Os direitos, quando estudados, eram pela igreja católica ou, quando não por ela, pela influência do pensamento teológico dentro do contexto do dogmático do catolicismo, ainda longe das idéias datadas do Iluminismo. Por isso: “A liberdade é, essencialmente, a liberdade interior, espiritual, dos filhos de Deus. Não é a liberdade política – que não teria sentido no contexto em que o Cristianismo se difundiu, (...)”¹⁴.

Não há que se falar propriamente em direitos nesse período histórico, quanto mais em direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, conforme já consignado, há pouco surgiram com a Revolução Francesa, são os direitos do liberalismo: liberdades negativas, direitos de abstenção do Estado:

São conhecidos os postulados mais característicos desta teoria liberal: (1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da acção estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como pré-estaduais, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do Estado (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efectivação, ficaram fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objectivo dos direitos fundamentais são de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, (...), isto é, liberdade em si, e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).¹⁵

A Revolução Francesa, de carácter antifeudal e burguês, criou condições ao capitalismo mercantil, que é garantido pelo Estado democrático de direito. Esse movimento revolucionário desenvolveu-se junto com o pensamento iluminista, entre

¹³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 31.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 7.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.378.

outros, de Locke, Rousseau e Montesquieu. Esse último concluiu com outro acabamento o esboço teórico aristotélico da tripartição de poderes. E foi nessa época, da Revolução Francesa, que o Poder Legislativo sobressaiu-se como poder de primeira importância, haja vista o movimento de codificação das relações privadas e das constituições surgidas após o início da Revolução, o que possibilitou a racionalização do direito, essa que veio junto com a positivação, e os direitos fundamentais passaram a gozar de “estatuto” constitucional.

Já os direitos fundamentais no Estado social revestiram-se das características existentes nesse outro momento histórico. Ou seja, a Revolução Industrial que iria dar as bases reivindicatórias para a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos; estes direitos positivos de atuação do Estado, de intervenção do Estado nas relações privadas:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A questão judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do “homem total”, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do património da humanidade.¹⁶

O homem no Estado social não era mais aquele mesmo homem do Estado liberal. Era um homem que, por condições ontológicas, necessitava de maiores demandas e de demandas diferenciadas (isso devido, por exemplo, à Revolução Industrial), o que levava também o direito a adaptar-se a esta nova realidade, sendo que deveria multiplicar-se em suas possibilidades intrínsecas e extrínsecas:

A teoria social parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a dimensão individual (pessoal), a dimensão institucional e a dimensão processual. Continua a considerar-se, como na teoria liberal, que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjectiva, adquire hoje uma dimensão social (...). Por outro lado, muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 383.

ordenamento. Daí a problemática dos direitos sociais que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um limite, mas como um fim do Estado. A socialidade passa a ser considerada como um elemento constitutivo da liberdade, e não como limite meramente externo da mesma.¹⁷

A passagem para o Estado social de direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir nova componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade – autonomia – como uma liberdade – participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de Constant).¹⁸

É bom frisar que o momento histórico do Estado social era o da pós-revolução industrial e das duas grandes guerras mundiais do começo do século XX. Nesse momento histórico, os principais atores sociais eram os operários e os proprietários, a economia que há muito despontava era o capitalismo industrial, e o Estado aparecia como Estado de direito intervencionista (democrático ou totalitário – mas sempre populista). Nesse contexto, dos direitos sociais, o pensamento que predominava eram o marxismo e os pensamentos da economia e da sociologia. A tripartição de poderes transmudou-se, dando ênfase ao Poder Executivo, com a intervenção do Estado na economia e na sociedade¹⁹. O Estado era o Estado intervencionista, o Estado do bem-estar social. Surgiram Estados totalitários e populistas, e a máquina administrativa burocrática desenvolveu-se de forma muito intensa e particular, comparada com outros períodos da história da humanidade.

É interessante notar como a mudança de ênfase do Poder Legislativo, nos Estados liberais, para o Poder Executivo, nos Estados sociais, tem relação direta com a história e a produção das necessidades e conhecimentos humanos. No liberalismo, foi a racionalidade do direito que assumiu *status* revolucionário, pois oponente ao antigo regime feudalista; no Estado social, o caráter progressista veio da intervenção do Estado na economia e na sociedade, devido às demandas e mazelas sociais.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.381.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 31.

¹⁹ Se, no Estado liberal, predominava o Poder Legislativo, no Estado social, por suas características de intervenção, predomina e só poderia predominar o Poder Executivo.

5. ALGUNS PROBLEMAS ATUAIS RELATIVOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alguns problemas são levantados em relação aos direitos fundamentais, mais especialmente no que se refere à sua efetivação dentro do Estado social. Canotilho elegeu algumas perguntas, sublinhando-as em relação aos direitos fundamentais, dentro da perspectiva do Estado social:

Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe quanto à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, permanecem obscuros alguns pontos: (1) reconhece a teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou serão antes “cavalos de Tróia” na cidade, ainda dominada pelo individualismo impertinente; (2) haverá efectivamente direitos de quota-parte (...) dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou trata-se-á de simples questões de organização e administração; (3) quais as garantias efectivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente direitos dependentes à medida das prestações do Estado.²⁰

Todas essas perguntas propostas pelo jurista português são pertinentes e merecem uma maior detença. O individualismo moderno persiste, independentemente de algumas concepções pretendidas de direitos sociais, haja vista que o denominado Estado social não se realizou, rompido que foi pelo neoliberalismo.

Outro ponto colocado por Canotilho, que está na ordem do dia, é se o Estado presta os direitos fundamentais (direitos sociais) na medida de sua existência ou, o contrário, se é na medida das possibilidades do Estado que são realizados os direitos fundamentais. Importando dizer que a inoperosidade dos Estados neopositivos põe o projeto dos direitos sociais condizentes com as políticas de globalização – ou seja, os Estados estão de certa forma rendidos por interesses econômicos, como quer a globalização (globalização esta que não deixa de ser uma ideologia no sentido forte da palavra, sentido marxista)²¹.

No que pese esse fato, o jurista deve tender a realizar os direitos sociais, contra a ineficiência do Estado²². Mas é realmente essa celeuma que se impõe na

²⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.382.

²¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol. I, p. 585.

²² Num olhar mais detido, o princípio da eficiência já é um princípio que está totalmente carregado das idéias da globalização e do neoliberalismo, que tendem a esvaziar o Estado sob o pretexto retórico da ineficiência.

pós-modernidade ao jurídico: a realização efetiva dos direitos humanos, sob pena de estes se tornarem apenas discursos de compensação, ideológicos, e não discursos de concreção.

6. ALGUMAS CRÍTICAS AO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos em voga no discurso jurídico contemporâneo ou político propriamente dito são os “direitos liberais”, os direitos contextualizados por uma lógica capitalista e ideológica da pós-modernidade que procura afirmações ainda nos conceitos kantianos de universalização – da dita “paz perpétua”. Na atualidade, constituem-se, muitas vezes, num discurso vazio, panfletário, de interesses diretos dos defensores do capitalismo global. Nesse sentido, a filosofia de Eslavoj Žižek é crítica e realista, informando essa problemática numa análise contundente das “razões” dos direitos humanos:

Quando direitos humanos “apolíticos” são evocados como motivos para intervenção política e até militar, nossa primeira e ingênua reação é inevitavelmente de felicidade espontânea: não é reconfortante ver as forças da Otan intervindo não por razões econômicas ou estratégicas específicas, mas simplesmente porque um país está violando cruelmente os direitos humanos elementares de grupo étnico?²³

Também o discurso falacioso dos direitos humanos e as contradições históricas de seu conceito foram denunciados por Michel Villey, numa obra essencial para a exata lucidez desta temática que tanto consta nos jornais, na televisão e nas doutrinas jurídicas publicistas ou políticas, sem o rigor filosófico e histórico necessário, quando muito, reflexo apenas do positivismo do ordenamento jurídico estatal. Fala-se de sua obra *O Direito e os direitos humanos*, onde a referência à inaptidão do conceito positivo dos direitos humanos é constatada numa arqueologia que o autor faz ao termo “direito” e ao composto “direitos humanos”. Nessa obra, Villey também contestou a dialética histórica dos direitos humanos, que prestou para romper com um regime de dominação e instaurar outro de igual dominação:

Ó medicamento admirável!! – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo pruziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos.²⁴

²³ ŽIŽEK, Eslavoj. *Às portas da revolução: escritos de Lenin de 1917*, p. 285.

²⁴ VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, p. 162.

Sob os direitos humanos, a fim de averiguar seu caráter ideológico-político, deve-se fazer uma análise histórica. Sabe-se e, conforme já foi afirmando aqui, que os direitos humanos remontam à modernidade, mais especialmente ao Iluminismo, à Revolução Francesa, ao século XVIII, em que floresceram com maior dinâmica. Sempre crescentes foram as previsões dos direitos humanos após este período, aparecendo nos pós-guerras pelas declarações de direitos do século XX. Na filosofia, também é filho da modernidade, mas sua existência, pelo menos teórica, é anterior à Revolução Francesa, aparecendo primeiramente na filosofia de Hobbes, conforme ensinou Villey:

(O direito subjetivo natural – que os escritores têm o hábito de chamar de *jus naturale* – é a liberdade que todo homem possui (*each man*) de usar seu poder próprio como ele mesmo quiser etc.) Este texto, extraído do *Leviatã* (1651), é o primeiro, que eu saiba, no qual está definido o “direito do homem”. Não afirmaremos que Hobbes tenha sido o inventor do termo. Mas que, em sua obra, aparecem em plena luz suas fontes, seu conteúdo e sua função original.²⁵

São importantes essas referências da filosofia, pois guardam relações imbricadas com a cultura e a política de dada época. Nesse sentido, pode-se ver que a filosofia de Hobbes, a de Locke e a de Kant são todas insistentemente defensoras de um posicionamento político bem definido: o liberalismo e a propriedade privada.

Pois bem, uma análise histórica e filosófica dos direitos humanos permite vislumbrar o que há por cima ou por fora de seu conteúdo jurídico, denunciando o caráter retórico e ideológico da expressão. Essa é a grande crítica a ser feita aos direitos humanos – às vezes, direitos inumanos!

Não se negam, com isso, os ganhos normativos e concretos jurídicos que os direitos humanos podem proporcionar quando presentes numa lide, na realidade. O que é importante nessa temática é perceber as duas faces da moeda – o lado da análise política e social e o lado da parcialidade da dogmática jurídica, que não deixa de ter bons reflexos em alguns casos, dentro do sistema maior de exclusão.

7. CONCLUSÃO

Os direitos humanos são também retórica e ideologia e, por outro lado, assumem o papel de ser realizáveis, dependentes não só da positividade, sobretudo da concreção, da atuação dos juristas, dos políticos e dos cidadãos. Num pensamento mais crítico e necessário à realização do mínimo existencial, dependem da ruptura

²⁵ VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, p. 142.

com o modelo político vigente, com as amarras e a lógica do capitalismo global. E, aí, a teoria crítica deve ser retomada como uma refamiliarização da sociedade.²⁶ E, nessa nova familiaridade, todos devem inserir-se como realizadores dos direitos fundamentais, e não mais somente como propugnadores desses.

A importância de conceberem-se os direitos fundamentais como direitos históricos culturais – e aqui também os concebe, entre outros, Norberto Bobbio, na sua obra *A era dos direitos* (apesar de que não de forma revolucionária, por ser um autor que não é considerado da linha mais crítica da filosofia do Direito) –, está em ter a exata noção das implicações históricas do homem no fenômeno jurídico. Isso possibilita ver que qualquer tentativa global de efetivação dos direitos fundamentais passa pela mesma tentativa de remodelagem societal, na esteira de crítica ao neoliberalismo.

Essa é a máxima importância de perceber os direitos fundamentais na História, como resumida e sinteticamente aqui se fez. A contribuição autoral é a de não apenas reproduzir os conceitos (mas que também se faz necessário reproduzi-los como caráter informativo ou contestativo), porém criar indicativos, metodologia própria e provocações, sempre visando a aclarar e, se possível, dar uma perspectiva mais zetética ao fenômeno jurídico, aos direitos fundamentais.

²⁶ Conforme afirmou Boaventura de Souza Santos, *ipsis litteris*: “Todo pensamento crítico é centrífugo e subversivo, na medida em que visa a criar desfamiliarização em relação ao que está estabelecido, e é convencionalmente aceito como normal, virtual, inevitável, necessário. Mas, enquanto para a teoria crítica moderna o objetivo do trabalho crítico é criar desfamiliarização, aí reside o seu carácter vanguardista, e a tese aqui defendida é que o objetivo da vida não pode deixar de ser a familiaridade com a vida. Por isso, a desfamiliarização é aqui concebida como um momento de suspensão necessário para criar uma nova familiaridade. O objetivo último da teoria crítica é ela própria, transformar-se num novo senso comum, um senso comum emancipatório.” SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 17.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi (Coord.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à Constituição*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 1. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista; Maria Laura Viveiros de Castro. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1. ed., 18ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do Direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do Direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *Filosofia do Direito e Filosofia Política – a Justiça é possível*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Introdução à Filosofia do Direito – dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Igo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Direito e os direitos humanos*. 1. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. (Org.). *As portas da Revolução: escritos de Lenin de 1917*. Trad. Luiz Bernardo Pericás; Fabricio Rigout e Daniela Jinkings. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2005.