

Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética

LUIS FERNANDO BARZOTTO

Professor de Filosofia do Direito na UFRGS e na PUCRS. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da PUCRS. Doutor em Direito pela USP.

Sumário: Introdução: 1. A constatação: a inadequação da dogmática jurídica na tematização dos direitos humanos; 2. A tese: a adequação da ética tomista na tematização dos direitos humanos; 3. O método: a análise estrutural dos direitos humanos; 4. O titular do direito dos direitos humanos: a pessoa humana; 4.1. O idealismo e os direitos humanos; 4.2. O empirismo e os direitos humanos; 4.3. O realismo e os direitos humanos; 5. O titular do dever dos direitos humanos: o co-humano; 5.1. O vizinho como sujeito de dever na ética particularista da fraternidade; 5.2. O próximo como sujeito de dever na ética universalista da fraternidade do cristianismo; 5.3. O co-humano como sujeito de dever em Tomás de Aquino e os direitos humanos; 6. O objeto dos direitos humanos: o justo natural; 6.1. O direito subjetivo como poder subjetivo; 6.2. O direito subjetivo como justo subjetivo; 6.3. O justo natural e os direitos humanos; 7. O fundamento dos direitos humanos: a lei natural; 8. Conclusão; Bibliografia.

*Os direitos humanos não existem, e acreditar neles
é como acreditar em bruxas e unicórnios.
Os direitos humanos são ficções.*

Alasdair MacIntyre, Depois da virtude

INTRODUÇÃO:

1. A CONSTATAÇÃO: A INADEQUAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA NA TEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são uma espécie do gênero direito subjetivo: são os direitos subjetivos que cabem a todo ser humano em virtude de sua humanidade.

Embora essa tese soe trivial, ela transcende o horizonte da ciência do direito moderna, a chamada “dogmática jurídica”, formada a partir da tradição do direito privado.¹

Esta inadequação da dogmática jurídica deve-se, em primeiro lugar, ao fato de esta dedicar-se à sistematização de um ordenamento jurídico positivo. Ela assim, esforça-se por determinar direitos subjetivos a partir de estatutos jurídicos (pai, eleitor, proprietário), de atos jurídicos (promessa), de negócios jurídicos (compra e venda), de fatos jurídicos (morte). Esses conceitos adquirem sua significação no interior de um ordenamento jurídico particular. Para a dogmática, não há direitos derivados da mera condição humana, mas apenas direitos derivados de estatutos jurídicos, atos jurídicos, negócios jurídicos e fatos jurídicos criados por um ordenamento jurídico positivo. A dogmática jurídica possui limites técnicos que não lhe permitem abarcar o conceito de direitos humanos. Para ela, direitos que estão além de ordenamentos jurídicos particulares são ficções.

Em segundo lugar, a deficiência da dogmática jurídica é de natureza filosófica. A estruturação da dogmática contemporânea, que possui sua gênese no jusracionalismo moderno do século XVII e tem sua configuração definitiva no positivismo jurídico do século XIX, é paralela a uma radicalização do individualismo no Ocidente. Tanto para a ciência do direito nascente como para a filosofia política liberal dos “direitos do homem”, o *jus* (direito) passa a ser pensado como uma “qualidade inerente ao indivíduo”,² rompendo com a ciência do direito romana, para a qual o *jus* era “uma relação com os outros”.³ Se o direito é uma *qualidade* do indivíduo, então a doutrina liberal dos “direitos do homem” está certa em afirmar que o ser humano antes de qualquer relação social (estado de natureza) já possui direitos, isto é, Robinson Crusóé tem direitos na sua ilha. Do mesmo modo, a dogmática jurídica vai afirmar que o direito de propriedade (como qualquer direito) não tem significado social, devendo ser pensado somente como um atributo ou uma *qualidade* do indivíduo. Assim, “X é proprietário”, “X é calvo”, “X é depressivo” são expressões equivalentes na medida em que são definidas por referência somente ao indivíduo (*qualidade*), excluindo a referência aos demais (*relação*).

Aqui, a dogmática jurídica, bem como a doutrina moderna dos “direitos do homem” (séculos XVII-XIX) contrastam com a doutrina contemporânea dos direitos humanos (séculos XX-XXI). Se assumirmos a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948, como paradigma dessa última doutrina, veremos que a referência à comu-

¹ Para o conceito de dogmática jurídica, cf. Tércio Sampaio FERRAZ JR, *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

² Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 107.

³ Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 107.

nidade é essencial para a compreensão dos direitos das pessoas: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível” (art. XXIX, 1). O lugar da realização dos direitos é a comunidade, sendo os direitos humanos, portanto, uma *relação* que se tem com os demais membros da comunidade. Nesse sentido, a doutrina dos direitos humanos é antitética à doutrina liberal dos “direitos do homem”. Para esta, a referência na determinação dos direitos é o estado de natureza, a situação pré-social. Os direitos servem para reproduzir no estado de sociedade o mesmo isolamento do estado de natureza. Ter direitos é ter a possibilidade de excluir-se do convívio dos demais, e coagi-los a não interferir com a própria autonomia: “Nenhum dos supostos direitos do homem vai além do homem egoísta (...), do indivíduo separado da comunidade, confinado a si próprio, ao seu interesse privado e ao seu capricho pessoal”.⁴ A dogmática jurídica é a viabilização técnica da necessidade ideológico-política do liberalismo de instituir a sociedade sobre os direitos do homem. Para ela, os direitos são *qualidades* dos indivíduos. Torna-se, portanto, incapaz de pensar os direitos humanos, *relações* dos seres humanos entre si.

A tentativa de reduzir os direitos humanos ao esquema dos direitos subjetivos dos direitos do homem e da dogmática jurídica apresenta um duplo resultado.

De um lado, alguns como MacIntyre e Norberto Bobbio, ao verificarem a inexistência de uma norma de um ordenamento jurídico positivo que confira esses direitos, opinam coerentemente pela sua inexistência. É esse o procedimento da dogmática jurídica: há uma norma, então há o direito; se não há uma norma, então o direito subjetivo não existe.⁵ Estes autores negam, coerentemente, a existência de direitos humanos.

Outros pretendem que os direitos humanos sejam direito subjetivo no sentido da dogmática jurídica. É a opinião corrente em vastos setores do *staff* jurídico da América Latina. Se os direitos humanos são direitos subjetivos, então eles podem e devem ser pensados como direitos tradicionalmente tuteláveis por via judicial, como é o caso do direito subjetivo central, o direito de propriedade. Assim, o direito humano à saúde é pensado como um direito de propriedade de cada indivíduo sobre uma parcela do orçamento público da saúde, direito garantido e efetivado judicialmente.

A tese deste artigo é a de que os direitos humanos não podem ser pensados como direitos subjetivos no sentido da dogmática jurídica. A dogmática jurídica mede o humano a partir do direito: quem é pessoa do ponto de vista da ordem jurídica positiva? O conceito de direitos humanos inverte

⁴ Karl MARX, “A questão judaica”, p. 58.

⁵ Cf. Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 15-24.

essa lógica: o que vale como direito positivo à luz da dignidade da pessoa humana? Nos direitos humanos, a pessoa humana é a medida do direito. Na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, prescreve-se como a ordem jurídica positiva deve ser organizada para estar à altura das exigências derivadas da natureza humana, e não o contrário. Se o horizonte da ciência do direito é a ordem jurídica positiva, e os direitos humanos colocam o desafio de pensar a *praxis* e os fins da pessoa humana, faz-se necessário passar da dogmática jurídica à Ética.

2. A TESE: A ADEQUAÇÃO DA ÉTICA TOMISTA NA TEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Das várias tendências em Ética, o texto assume a tradição que tem em Tomás de Aquino (1225-1274) o seu ponto de convergência, como matriz teórica que permite depurar o conceito de direito subjetivo dos limites da dogmática jurídica, para adequá-lo às necessidades dos direitos humanos.

Como alguns autores da tradição tomista rejeitam o conceito de direitos humanos, é importante ressaltar a utilidade desse conceito para a compreensão contemporânea de temas caros à tradição referida, como os conceitos de justiça, vida boa, bem comum e dignidade da pessoa humana.

a) Os direitos humanos e a sistematização das exigências da justiça.

O vocabulário dos direitos aguça a percepção das exigências da justiça: a “linguagem dos direitos (*rights*) proporciona um instrumento flexível e potencialmente preciso para classificar e expressar as exigências da justiça”.⁶ A justiça, para o direito romano e Tomás de Aquino, consiste em dar a cada um o que lhe é devido, ou o que é seu. O *jus* (direito) identifica-se com o *justum* (justo). Alguns autores, como Michel Villey, negam que o conceito citado de direito como justo tenha qualquer relação com o conceito de direito subjetivo. Contudo, não é difícil dar razão a John Finnis quando este afirma que o direito subjetivo “expressa e afirma as exigências (...) de uma relação de justiça desde o ponto de vista da pessoa que se beneficia dessa relação. Proporciona uma maneira de falar sobre ‘o que é justo’ desde um ângulo especial: o ponto de vista daquele a quem algo é devido”.⁷ O devido/justo/seu/direito admite dois pontos de vista: o daquele que deve e o daquele a quem algo é devido. O conceito de direito subjetivo permite articular de um modo mais rigoroso esta última perspectiva. O direito subjetivo não substitui assim a justiça, apenas a esclarece.

⁶ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 239.

⁷ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 234.

b) Os direitos humanos como expressão dos aspectos da vida boa.

Ao contrário do que afirma o liberalismo, a noção de direitos humanos não é contraditória com a idéia de vida boa, ou vida humana plenamente realizada do pensamento clássico. Para o liberal, os direitos existem porque nenhum ideal de felicidade ou vida boa é objetivo, todos são arbitrários. Os direitos humanos protegeriam essa arbitrariedade. Ao contrário, pode-se pensar que os direitos humanos expressam os “aspectos básicos da plena realização humana”⁸ de cada um dos membros da espécie humana. Por exemplo, vida, liberdade e saúde são elementos constitutivos da vida boa, da vida plenamente realizada para todo ser humano. Toda declaração de direitos humanos afirma um conjunto de bens que são considerados como elementos essenciais da vida plenamente realizada ou vida boa, como a chamavam os clássicos. Quanto maior for a lista de direitos, mais densa e mais estrita será a concepção de vida boa, afirmando-se, contra os liberais, a validade universal de uma concepção de vida boa, aquela explicitada nos direitos humanos. Toda concepção de vida boa que não incorporar os bens listados como direitos humanos é excluída como sendo indigna de qualquer ser humano, e, portanto, a vida boa deixa de estar ao arbítrio do indivíduo, impondo-se politicamente a todos. Os liberais privatizaram a vida boa; os direitos humanos a tornam pública, objetiva, universal e obrigatória.

Ao mesmo tempo, e também contra os liberais, a afirmação de que os bens necessários à realização humana são direitos, isto é, algo que cada ser humano espera obter dos demais, explicita o fato ineludível da sociabilidade, de que a felicidade de cada um está na dependência da presença e da ação de outrem.

c) Os direitos humanos como garantia do caráter distributivo do bem comum.

Os liberais opõem a noção de direitos humanos ao conceito de bem comum. Os direitos humanos representariam um limite ao bem comum. Porém, se o bem comum é o bem de todos, como afirma a ética tomista, o conceito de direitos humanos apenas expressa “os contornos do bem comum, os distintos aspectos do bem-estar individual na comunidade”.⁹ A finalidade da vida em comunidade é a auto-realização, a vida boa. O bem da comunidade, o bem comum é alcançado quando os membros da comunidade possuem as condições comunitárias de realização da vida boa. Os direitos humanos como aspectos da vida boa são a articulação do conteúdo do bem comum, eles revelam a “natureza distributiva”¹⁰ do bem comum como bem de todos: o bem comum só existe na medida em que é partilhado

⁸ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 234.

⁹ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 242-243.

¹⁰ Jacques MARITAIN, *Os direitos do homem e a lei natural*, p. 21.

por todos. Os direitos humanos são a parte que cabe a cada um no bem comum. Sem o conceito de direitos humanos, perde-se um instrumento conceitual valioso para determinar o conteúdo concreto da participação de cada membro da comunidade no bem comum, ou seja, daquilo que é devido a cada um na partilha do bem comum. Cada membro, ao afirmar seu direito, alcança especificar qual é a sua parte no bem comum. Sem o conceito de direitos humanos, corre-se o risco de que o bem comum seja identificado na prática com o bem de uma classe, do Estado, do partido ou de um grupo. Os direitos humanos trazem o bem comum do céu das abstrações coletivistas para o chão da vida concreta dos seres humanos.

d) Os direitos humanos como expressão das exigências da dignidade da pessoa humana.

Pensar a ordem jurídica a partir da consideração das pessoas humanas como fins em si mesmas significa identificar como juridicamente válido somente aquilo que favorece a sua realização como pessoas. A ordem jurídica preocupa-se em determinar, assim, o que é devido à pessoa humana como tal, sendo pensada como um conjunto de direitos, e não um sistema de normas. Cada membro da sociedade passa a referir-se a si mesmo e a um outro que é igual a si em dignidade, como titular de direitos idênticos, os direitos humanos. Na sociedade fundada na igual dignidade de todos, não há um “superior” acima dos membros do corpo social. O Estado, a nação, o povo, não podem impor deveres às pessoas. Se o século XX foi pródigo em colocar o direito positivo a serviço de ficções coletivistas como “interesse de classe”, “segurança nacional”, “soberania”, os direitos humanos explicitam que só a dignidade da pessoa humana é fonte de deveres para a pessoa humana: todos os deveres são (direta ou indiretamente) correlatos dos direitos humanos, dos direitos derivados da dignidade da pessoa humana.

3. O MÉTODO: A ANÁLISE ESTRUTURAL DOS DIREITOS HUMANOS

Trata-se, portanto, após constatar a inadequação do direito subjetivo da dogmática jurídica para pensar o conceito de direitos humanos, demonstrar a adequação da ética tomista para propor um conceito de direito subjetivo capaz de apreender os direitos humanos.

O procedimento será o da análise estrutural, isto, é, a análise dos elementos que compõem a estrutura do direito subjetivo. “Direito subjetivo” é uma expressão utilizada, tanto no discurso da dogmática jurídica, como na linguagem corrente e na gramática dos direitos humanos, para descrever uma situação que pode ser formulada nos seguintes termos: “X tem direito a Z face a Y”. Podemos distinguir aqui quatro elementos:

- a) o sujeito ou o titular do direito: X.
- b) o sujeito ou o titular do dever: Y.
- c) o objeto: z.
- d) o fundamento da relação entre X, Y e z.

4. O TITULAR DO DIREITO DOS DIREITOS HUMANOS: A PESSOA HUMANA.

Para ser titular de um direito subjetivo é necessário que se cumpram certos requisitos estabelecidos em um ordenamento jurídico particular. Mas para possuir direitos humanos basta pertencer à espécie humana, ter o *status* de “humano”, ou seja, o titular dos direitos humanos é, pura e simplesmente, o ser humano. Aqui vê-se o limite da ciência do direito, que não lida com o ser humano como tal, mas com um papel jurídico: o credor, o proprietário, o cidadão, o segurado, etc. Não é Pedro como pessoa humana que é titular de direitos, mas Pedro no seu papel de proprietário, credor, etc.

A determinação, portanto, do sujeito dos direitos humanos exige uma antropologia, uma resposta articulada à questão: “Quem é o ser humano?” A própria antropologia, como a ética, repousa, contudo, em uma certa metafísica. Entretanto, pelo fato de o termo “metafísica” ter se tornado pouco mais do que uma injúria na filosofia contemporânea, alguns esclarecimentos são necessários.

A metafísica consiste na teoria do ser. Ela pretende determinar o fundamento último ou absoluto de tudo o que se apresenta à consideração do sujeito cognoscente. Como todos possuem uma certa concepção da estruturação do real, todos supõem uma metafísica, que permanece na maior parte das vezes inarticulada, e em alguns casos, é ingenuamente negada.

Esquemáticamente, podemos dividir as grandes concepções metafísicas em três: idealismo, realismo e empirismo. A cada uma delas corresponde uma antropologia que procura determinar quem é o “humano” titular dos direitos humanos.¹¹

4.1. O idealismo e os direitos humanos

Para o idealismo, a realidade é composta de idéias e essências. O que caracteriza o ser humano é a posse de uma natureza humana abstrata, geralmente identificada com a racionalidade. A identidade humana é assim reduzida a um mínimo, pois as determinações concretas (nacionalidade, renda, religião, ideologia, gênero) são abstraídas na tentativa de se obter a

¹¹ Os tipos propostos (idealismo, realismo, empirismo) encontram seu limite na argumentação aqui exposta, não pretendendo fornecer uma classificação exaustiva das várias escolas filosóficas do Ocidente.

essência humana. Assim, a pergunta “Quem é X?” só poderá ser respondida após termos destacado de X todas as suas qualidades concretas: ser membro de um partido, de uma igreja ou de uma classe social; ter uma determinada nacionalidade e estar vinculado a uma família ou grupo social. O ser humano reduzido a este mínimo é o indivíduo racional, tão caro ao jusnaturalismo moderno. A obtenção desse indivíduo, uma vez que ele não é observável na história, é resultado de um procedimento hipotético chamado “estado de natureza”. O estado de natureza funciona como um experimento, um laboratório no qual as impurezas históricas (renda, ideologia, religião, etc.) são extraídas do ser humano, o qual aparece apenas como um indivíduo racional.

A esse sujeito abstrato do idealismo moderno, cujo precursor é Descartes, atribuem-se direitos atinentes a uma única dimensão: vida (Hobbes), propriedade (Locke) ou liberdade (Kant). Como indivíduo, cada ser humano é idêntico a outro, e os direitos humanos passam a ter uma universalidade absoluta. A propriedade privada é um direito tão sagrado em Locke para um capitalista inglês como para um membro de uma aldeia indiana ou de um clã árabe.

O idealismo alimenta assim uma noção unívoca¹² de direitos humanos, baseado em uma noção unívoca de ser humano, reduzida a uma natureza despida de atributos históricos. Isso gera um universalismo abstrato presente hoje em alguns discursos sobre direitos humanos. Assim, por exemplo, no discurso feminista dos países desenvolvidos denuncia-se a obrigatoriedade de mulheres muçulmanas usarem o véu, mas não se denuncia a proibição de mulheres muçulmanas usarem o véu (França e Turquia). Como, considerada em abstrato, de um ponto de vista idealista e despido de concretude histórica, as mulheres não possuem religião, toda adesão a uma religião (que necessariamente implica restrições ao comportamento) passa a ser vista como um atentado à liberdade, e não como um modo de viver a liberdade. A liberdade para seres abstratos só pode ser abstrata, não se ligando a nenhum objeto ou valor concreto como a religião.

4.2. O empirismo e os direitos humanos

Uma outra metafísica pode ser chamada de empirista. O empirismo considera como real somente o fático, o dado. Sua teoria social prioriza as relações de força e busca de interesses, considerados como os únicos dados relevantes da vida social, além da ideologia, que é uma racionalização da luta pelo poder e pela riqueza. A ênfase coloca-se, portanto, em relação às

¹² A aplicação das categorias de unívoco, equívoco e analógico aos direitos humanos na direção de uma superação do debate particularismo x universalismo, tem como base a argumentação de Maurício BEUCHOT, *Derechos Humanos*, p. 61-71.

dimensões “duras” da vida social: a política (poder) e a economia (riqueza). Outras esferas da vida social, como a ética e o direito, são consideradas parasitárias da política e da economia. Assim, fenômenos ético-valorativos como religiões e ideologias são pensados como “expressões da visão de mundo da classe dominante”, e o direito vem definido como a vontade do mais forte. O empirismo professa uma antropologia historicista: o ser humano é apenas o produto de uma série de circunstâncias históricas, principalmente econômicas e políticas. Ele é determinado pelo meio em que vive, não se podendo jamais falar-se do “humano” como tal. Assim como para os conservadores do século XIX, também para o empirista não existe “o” ser humano, mas apenas franceses, indianos ou russos.

Essa visão empirista combina-se com uma visão positivista de direitos humanos. Se o ser humano é o produto determinado de circunstâncias históricas, os direitos que lhe correspondem só podem ser aqueles que lhe são atribuídos por essas circunstâncias. Para o empirista, portanto, não existem direitos humanos, direitos que cabem ao ser humano como tal, pois esse sujeito de direitos não existe, mas somente direitos fundamentais, garantidos por ordens jurídicas particulares aos seus cidadãos. Aqui, os direitos humanos assumem um caráter equívoco. Quando russos, árabes, chineses e suecos assinam uma declaração que garante a liberdade, esse termo será utilizado para designar realidades completamente diferentes, sendo, portanto, equívoco. Cada povo, por um ato de poder, irá fixar o sentido deste termo que, portanto, somente em experiências históricas e locais pode adquirir algum significado. Os seres humanos não “nascem livres e iguais” como afirma a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Cada povo, na sua particularidade histórica, irá determinar o que significa liberdade e igualdade para aqueles que estão submetidos à sua ordem jurídica. Não há uma essência humana partilhada por todos os seres humanos. Há apenas uma existência humana em situações particulares, e é essa que pode ser titular de direitos particulares.

4.3. O realismo e os direitos humanos

Um terceiro tipo de metafísica pode ser chamada de realista. No realismo, essência e existência, valores e fatos, forma e matéria, combinam-se para configurar o real tal como se apresenta ao ser humano. Qualquer explicação unilateral da realidade é descartada como reducionista. O que significa uma idéia fora do contexto fático de sua aplicação? E qual é a inteligibilidade de um fato se não for ligado a uma idéia, um esquema conceitual?

Antropologicamente, isso significa que o ser humano é pessoa humana. Na tradição realista, a pessoa humana é uma natureza humana (essência)

concretamente determinada (existência): “substância individual de natureza racional”, na definição de Boécio assumida por Tomás de Aquino.¹³ A pessoa humana não é a natureza humana, mas é a substância individual, ou seja, o indivíduo singular de natureza humana. Para a pessoa humana, é constitutivo o ato de existir: “Aquilo que faz com que Sócrates seja homem (natureza) encontra-se nos outros homens, mas aquilo que faz com que esse homem seja Sócrates (personalidade) pertence a um só. A pessoa humana não é, portanto, a natureza humana em Sócrates ou Platão, é Sócrates ou Platão”.¹⁴ Natureza humana, humanidade, homem, indicam abstrações que só existem de um modo universal na mente humana, como conceito. Pessoa humana, por outro lado, indica sempre um ser concreto, existente, efetivo, real.

A natureza humana possui três traços constitutivos: animalidade, racionalidade, sociabilidade. A pessoa é esse animal racional e social concreto, com características físicas e psíquicas específicas, um desenvolvimento peculiar da própria racionalidade e situado em um contexto social particular. Para a plena realização da pessoa, é necessária uma pluralidade de direitos que tutelem as várias dimensões da natureza humana em circunstâncias concretas: animalidade (vida e saúde); racionalidade: (liberdade, educação, direitos políticos); sociabilidade (família, comunicação, associação). Estes direitos não pertencem à natureza humana, mas a pessoas humanas: João, Tiago e Pedro.

Como foi visto, uma determinada concepção do ser humano como titular de direitos implica uma determinada concepção dos direitos que cabem a ele.

Para o ser humano como pessoa, os direitos humanos assumem um caráter analógico. Assim como termos equívocos remetem a objetos diferentes (banco de praça e banco mercantil), conceitos unívocos sempre ao mesmo objeto (o branco da parede e o branco da camisa), conceitos analógicos indicam objetos relacionados entre si, semelhantes. Assim, para o idealista, liberdade é um conceito unívoco, que se aplica de modo idêntico a todos os seres humanos, independente das circunstâncias. Para o empirista, liberdade é um termo vazio, que terá significados completamente distintos em circunstâncias distintas. Para o realista, liberdade é um termo analógico. Ele indica algo que é devido ao ser humano como tal, e portanto trata-se essencialmente da mesma realidade para todos os seres humanos. Mas essa essência será aplicada a realidades distintas, e nessa aplicação, ela ganhará determinações. Isso dará origem a fenômenos semelhantes, nem absolutamente distintos (empirista), nem idênticos (idealista). Desse modo, a liberdade em uma aldeia rural será vivida de um modo distinto do que a

¹³ Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I, q. 29, a1. Daqui em diante, será usada a sigla ST.

¹⁴ Joseph RASSAM, *Tomás de Aquino*, p. 52.

liberdade em uma grande cidade. Há um mínimo (essência) compartilhado, pelo que podemos falar de uma liberdade presente em um ou outro contexto. Mas ela sofrerá modulações pela sua aplicação em um contexto diferente (existência), o que dá espaço para variações legítimas, uma vez que a racionalidade, animalidade e sociabilidade de todo ser humano se manifestam de modos distintos em pessoas distintas.

Essa concepção analógica dos direitos humanos permite superar o atual debate entre particularismo e universalismo nos direitos humanos.

O particularismo, reflexo de uma visão empirista, enfatiza de tal modo a história que aniquila a humanidade como categoria com sentido, com o que abole a própria noção de direitos humanos. O universalismo atual, de corte iluminista e liberal, abstrai de tal modo as particularidades históricas que destrói toda possibilidade de efetivar os direitos humanos em escala global, uma vez que o ser humano só existe como pessoa, isto é, como ser concreto, e, portanto, condicionado pelo contexto histórico. Na prática, fica-se sem saber a quem atribuir os direitos humanos, uma vez que todo aquele que invoca os direitos humanos é sempre uma pessoa humana, e, portanto, está sempre contaminado por particularidades políticas, religiosas, econômicas, etc.

O realismo propugna um universalismo analógico. A pertença à espécie humana garante a posse de direitos, os direitos humanos. Mas esses se manifestam de modos distintos, do mesmo modo que a mesma humanidade se manifesta em cada pessoa humana de um modo distinto. Os mesmos direitos, na sua essência, para todos aqueles que possuem a essência humana. Mas direitos que existem com conteúdos concretos diferentes para pessoas que existem de modo diferente. Na sua efetividade, os direitos não serão absolutamente idênticos (idealismo) nem absolutamente distintos (empirismo), mas semelhantes.

O conceito de pessoa não traz consigo somente um suporte antropológico para a titularidade dos direitos humanos, mas fornece uma razão para atribuir direitos ao ser humano: a afirmação de sua dignidade. Segundo Tomás, no teatro o termo *persona* (pessoa) designava aqueles que pela sua dignidade, eram merecedores de representação: líderes, heróis, reis. Agora, que o termo “pessoa” deixou de indicar o personagem do teatro e passou a designar todo ser humano na sua concretude, é correto continuar afirmando a dignidade da pessoa: “subsistir na natureza racional é de máxima dignidade, por isso todo indivíduo de natureza racional é chamado pessoa”.¹⁵ A racionalidade implica o livre arbítrio: “é necessário que o homem possua livre arbítrio, pois é racional” e o livre arbítrio leva o ser humano a ser “causa de seu próprio movimento” ou “causa de si mesmo”.¹⁶ Como afirma

¹⁵ ST I, q. 29, a.4.

¹⁶ ST I, q. 83, a.2. Tomás no mesmo artigo esclarece que o ser humano, ainda que seja causa de si mesmo, não é a causa primeira (Deus).

John Finnis, o conceito de causa traz consigo, além das causas formal, material e eficiente, a idéia de causa final. Afirmar que a pessoa humana é causa final de si mesmo tem a sua tradução moderna na expressão kantiana “fim em si”: a pessoa humana é fim para si mesmo e para os demais.¹⁷ Como fim em si, a pessoa humana move-se em direção à sua auto-realização. Para essa auto-realização, são necessários certos bens. A pessoa humana é digna, merecedora desses bens. Com efeito, o termo dignidade está vinculado com as idéias de “respeito, de ser merecedor, ou credor de certas prestações”.¹⁸ A dignidade de pessoa determina que lhe é devido algo para que ela possa se realizar como pessoa, que lhe sejam proporcionados os meios necessários para que possa assumir a si mesma como fim. Entre esses meios, os de maior relevância ética, jurídica e política são os direitos humanos.¹⁹

A *Declaração Universal* pode ser interpretada a partir dessas categorias. Em primeiro lugar, há uma concepção de pessoa humana. Afirma-se uma essência humana: “Todos os homens (...) são dotados de razão e consciência”(art I). Do mesmo modo, a existência humana decorre em comunidades políticas concretas, que por sua autodeterminação, estabelecem “livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (art. I *Pacto de Direitos Civis e Políticos* de 1966). Comunidades diferentes vão assegurar os *mesmos* direitos de um *modo diferente*, pois todas as pessoas são dotadas de razão e consciência, mas todas, livremente, decidiram organizar sua vida política, econômica, social e cultural de um *modo distinto* para efetivar os *mesmos* direitos em *circunstâncias distintas*. É a concepção analógica dos direitos humanos que está aqui presente.

A referência à dignidade também é explícita: “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” (Preâmbulo); “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. I); “Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.” (Preâmbulo dos *Pactos Internacionais* de 1966)

5. O TITULAR DO DEVER DOS DIREITOS HUMANOS: O CO-HUMANO

Em todo direito subjetivo, alguém é responsabilizado pelo dever correspondente ao direito. A dogmática jurídica não possui maiores problemas no que diz respeito à identificação do titular ou sujeito do dever: o devedor, a seguradora, a previdência social, o contribuinte, etc., são categorias for-

¹⁷ John FINNIS, *Aquinas*, p. 170, nota 167. Na visão teocêntrica de Tomás, o homem é fim imediato para si e para os demais. O fim último é Deus.

¹⁸ Carlos-Ignacio MASSINI, *Filosofia del derecho*, p.107.

¹⁹ Para a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos, cf. Ingo Wolfgang SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*.

jadadas para a determinação do titular do dever. O que a ciência do direito não tem condições de proporcionar é como determinar quem é o devedor face a qualquer ser humano. Se os direitos humanos cabem a todo ser humano em virtude de sua condição humana, a responsabilidade pelo dever é universalizada. Como o ser humano que se apresenta em qualquer relação social é titular de direitos, ele transforma todo aquele com quem se defronta em titular de deveres. Na tradição do pensamento ocidental, coube à Ética, e não à dogmática jurídica, tematizar o que um ser humano deve a outro ser humano.

Entre as várias concepções éticas, destacaremos a adequação da “ética da fraternidade” (a expressão é de Max Weber²⁰) do pensamento tomista, na elaboração de um sujeito de dever vinculado potencialmente a toda a humanidade, que será denominado “co-humano”.²¹ Na elaboração desse conceito, reconstruiremos a tradição tomista, analisando as experiências sociais e crenças religiosas particulares que receberam em Tomás de Aquino uma articulação racional e uma justificação filosófica, isto é, uma significação universal.

O conceito de co-humano em Tomás de Aquino é uma explicitação filosófica da noção de próximo da ética cristã. Embora o termo “próximo” evoque um contexto religioso, a noção, como exposta na sociologia de Max Weber, é típica de pequenas associações como aldeias e comunidades rurais. O próximo é, originariamente, o vizinho. Em si, é uma noção ética secular, apropriada e redefinida pelo cristianismo, e que constitui, após a formulação filosófica dada por Tomás de Aquino, um conceito apropriado para interpretar um sujeito de dever universal, o sujeito ou titular do dever dos direitos humanos.

5.1. O vizinho como sujeito de dever na ética particularista da fraternidade

Nas sociedades hierárquicas, pré-modernas é implausível falar-se de deveres recíprocos de um ser humano em relação ao outro. Isso se deve ao fato de que as sociedades pré-modernas têm no conceito de honra o critério pelo qual assinalam a seus membros os direitos e deveres em uma determinada posição no interior de uma estrutura social escalonada: “a honra (...) está intrinsecamente ligada a desigualdades. Para que alguns tenham honra nesse sentido, é essencial que nem todos a tenham”.²² Cada grupo tem seu próprio código de honra, gerado a partir das necessidades e aspirações particulares, que determinam os deveres no interior do grupo. Assim, na Idade

²⁰ Max WEBER, “Excurso: teoria de los estadios y direcciones del rechazo religioso del mundo”.

²¹ Cf. Johan KONINGS, *Raízes bíblicas do humanismo social cristão*.

²² Charles TAYLOR, “A política do reconhecimento”, p. 242.

Média, entre a aristocracia, a atividade militar era honrada, uma vez que esta era a fonte do seu domínio (Tocqueville). Deste modo, a honra se apresenta como não suscetível de universalização, vinculando-se a grupos particulares na sociedade. A consequência mais direta deste tipo de estruturação social é a dificuldade de reconhecer no outro a humanidade comum: “Num povo aristocrático, cada casta tem as opiniões, os seus sentimentos, os seus costumes, a sua existência à parte. Assim, os homens que a compõem nunca se parecem a todos os outros; nunca têm a mesma maneira de pensar ou sentir, e *mal chegam a crer que fazem parte da mesma humanidade* (não há grifo no original)”.²³ Não há idéia de uma moral universal, direitos universais, deveres universais, pois não há o reconhecimento de uma humanidade comum partilhada pelos membros dos vários grupos sociais. As sociedades hierárquicas tendem a pensar que os seres humanos são, por natureza, desiguais. No caso do Ocidente, essa naturalização da desigualdade viu-se como uma negação da humanidade do estrangeiro, tese que na prática justificava a desigualdade extrema, a escravidão: “Os gênios mais profundos e mais vastos da Grécia e de Roma jamais puderam chegar à idéia (...) da semelhança dos homens e do direito igual que cada um deles tem ao nascer, à liberdade; e esforçaram-se para mostrar que a escravidão era da natureza, e existiria sempre.” A explicação de Tocqueville para essa limitação filosófica dos antigos é sociológica: “todos os grandes escritores da Antigüidade faziam parte da aristocracia dos senhores, ou pelo menos, viam essa aristocracia como estabelecida sem contestação diante dos seus olhos”.²⁴

Tome-se o exemplo de um desses grandes escritores, Aristóteles. Para ele, há três pares hierárquicos naturais: grego/bárbaro, homem/mulher, livre/escravo: “os gregos olham-se entre si como de nascimento nobre não apenas na sua terra, mas em toda parte; aos bárbaros consideram-nos nobres apenas nas suas terras, julgando que há dois tipos de nobreza e liberdade; um absoluto e outro relativo”,²⁵ “a relação entre homem e mulher consiste no fato de que, por natureza, um é superior e a outra, inferior, um, governante, outra, governada”²⁶ e “uns são livres e outros escravos, por natureza”.²⁷ Aristóteles estabelece assim, como critérios hierárquicos naturais os fatores que Norberto Bobbio aponta como “as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de um modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social”.²⁸

Contudo, mesmo nas sociedades hierárquicas de grande complexidade, vigorava uma ética igualitária que pregava deveres recíprocos entre os

²³ Alexis de TOCQUEVILLE, *A democracia na América*, p. 427.

²⁴ Alexis de TOCQUEVILLE, op. cit., p. 329.

²⁵ ARISTÓTELES, *Política*, I, 6, 1255a.

²⁶ ARISTÓTELES, op. cit., I, 5, 1254b.

²⁷ ARISTÓTELES, *Política*, I, 5, 1225a.

²⁸ Norberto BOBBIO, *Igualdade e liberdade*, p. 43.

membros do mesmo grupo ou estamento: a ética da fraternidade da comunidade de vizinhança.

Max Weber, quando trata dos tipos de comunidade, refere a “comunidade de vizinhos”, aquela que repousa simplesmente “no fato da proximidade de residência.” A comunidade de vizinhos típica é a aldeia. Nela reina “o princípio, próprio da ética popular de todo o mundo: ‘como tu comigo, assim eu contigo’”, ou seja, o princípio básico da ética comunitária é o preceito conhecido como a “regra de ouro”. Na comunidade de vizinhos, “pode contar-se com os demais em caso de necessidade. O vizinho é a típica pessoa que socorre e a vizinhança é o suporte da fraternidade”, na medida em que aponta a igual situação de vulnerabilidade de todo ser humano, “pois todos podemos chegar a uma situação na qual necessitemos a urgente ajuda dos demais”.²⁹

As comunidades de vizinhança, sejam elas “a comunidade de companheiros da aldeia, de linhagem, de grêmio, ou de navegação, de caça ou de guerra”, possuam um duplo padrão moral, conforme a relação intersubjetiva se desse no interior do grupo ou fosse externa a ele. No interior do grupo, valia “a simples reciprocidade: ‘assim como tu para mim, assim eu para ti’”, e portanto “o princípio do socorro fraternal regia limitado à moral interna: prestação gratuita de bens de uso, crédito sem juro, hospitalidade”, tudo “regido pelo princípio (...): hoje por ti, amanhã por mim.” Como a regra de ouro disciplinava somente as relações no interior do grupo, no trato com os estranhos à comunidade, valiam outros padrões: admitia-se por exemplo, “a escravização permanente”.³⁰ Tem-se uma ética da fraternidade de tipo particularista, válida somente para os membros do grupo.

A ética particularista da fraternidade alcança fundar direitos igualitários no interior de comunidades de vizinhança. Os vizinhos são iguais e têm direitos iguais, segundo a regra de ouro: o direito que X exige de Y, X deve reconhecer a Y. Mas essa ética inviabiliza a idéia de direitos universais como os direitos humanos, uma vez que o ser humano só é titular de dever face ao seu vizinho, o que significa dizer que na prática, só o vizinho terá direitos plenos. O estranho ao grupo terá um estatuto próprio e subordinado, uma vez que o que é devido a ele foge da simetria imposta pela regra de ouro aos vizinhos.

5.2. O próximo como sujeito de dever na ética universalista da fraternidade do cristianismo

Segundo Weber, o ensino de Jesus de Nazaré “contém também em si a ética de socorro originária da comunidade de vizinhança”. De fato, o

²⁹ Max WEBER, *Economia y sociedad*, p. 294.

³⁰ Max WEBER, “Excurso (...)”, p. 533.

princípio fundamental da ética cristã é formulado nos termos de reciprocidade da regra de ouro, já presente na ética particularista da fraternidade: “Como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles”.³¹ A novidade introduzida por Jesus de Nazaré é a universalização do destinatário dessa reciprocidade: o próximo não é mais o vizinho, mas todo ser humano.

Na parábola do bom samaritano, a pergunta “quem é o meu próximo?” não recebe uma resposta de Jesus no sentido de expor um conjunto de critérios que permitem delimitar previamente quem está e quem não está incluído no conceito, mas indica a necessidade de “se fazer próximo do necessitado”,³² de “constituir a relação de proximidade pelas próprias ações”.³³ Ao escolher o samaritano, um estrangeiro, como exemplo de quem “se fez próximo”, Jesus universaliza o conceito: todo ser humano é próximo, todo ser humano tem deveres em relação a todo ser humano. E assim, segundo Sto. Agostinho, ele responde de um modo inequívoco a questão “quem é o meu próximo?” ou “em relação a quem eu sou sujeito de um dever de reciprocidade?": “A palavra ‘próximo’ indica relação, e ninguém pode ser próximo a se não daquele de quem se aproxima. Ora, quem não vê que ninguém se exclui do preceito e ninguém pode-se negar o dever da misericórdia? (...) Portanto, é evidente que todo homem é próximo”.³⁴ Se todo homem é próximo, todo homem deve aproximar-se, todo homem está sob o preceito da misericórdia, todo homem é sujeito ou titular de um dever de reciprocidade.

Segundo Weber, no Evangelho “tudo está sistematizado em uma ética da convicção, no sentimento de amor fraternal, referido este preceito universalmente a todo aquele que neste momento, é o próximo”.³⁵ O cristianismo, como religião de salvação universal, viu-se impulsionado a assumir que “seu imperativo ético ia sempre na direção de uma fraternidade universal, por cima das barreiras das formações sociais”.³⁶

O termo co-humano pode auxiliar a explicitação daquilo que a ética cristã da fraternidade propunha no seu conceito de próximo: não mais a proximidade geográfica (próximo), mas a igualdade entre todos (humanidade) é a base dos deveres de reciprocidade. O co-humano “é aquele que é pessoa humana comigo, numa solidariedade mútua, que implica diminuição da minha humanidade se não atendo suas exigências. Já que somos humanos juntos, minha humanidade fica diminuída se não atendo às suas exigências”.³⁷

³¹ Lucas 6, 31.

³² Johan KONINGS, “Raízes bíblicas do humanismo social cristão”, p. 51.

³³ Zenon BANKOWSKI, *Living lawfully. Love in law and law in love*, p. 99.

³⁴ Sto. AGOSTINHO, *Da doutrina cristã*, p. 70.

³⁵ Max WEBER, *Economia y sociedad*, p. 491.

³⁶ Max WEBER, “Excurso (...)”, p. 534.

³⁷ Johan KONINGS, *Raízes bíblicas do humanismo social cristão*.

Toda pessoa humana é devedora em termos éticos em relação a toda pessoa humana, sob pena de mutilar a própria humanidade. Sendo social por natureza, o ser humano só pode viver a sua humanidade em comum: o humano é sempre co-humano. As exigências da natureza humana expressam-se conjuntamente em si mesmo e no outro. Há uma mutilação na própria humanidade se a humanidade do outro não for reconhecida em suas exigências, uma vez que a humanidade é partilhada com o outro. A pessoa humana, para preservar a própria humanidade, deve-se assumir como sujeito de dever em relação a todo o humano. A experiência moral básica em termos intersubjetivos é o reconhecimento da humanidade do outro.³⁸

5.3. O co-humano como sujeito de dever em Tomás de Aquino e os direitos humanos

A ética da fraternidade produz um sujeito de dever adequado a comunidades igualitárias. Na ética particularista da fraternidade, o vizinho é o sujeito de dever na comunidade dos vizinhos, iguais entre si. O próximo é o sujeito de dever na ética universalista da fraternidade do cristianismo, baseada na igualdade de todos perante Deus. Os direitos humanos também devem basear-se em uma ética universalista da fraternidade, uma vez que se fundamentam na igualdade absoluta entre todos os membros da espécie humana: cada pessoa humana só pode exigir os direitos que reconhece a toda pessoa humana (regra de ouro). Como os direitos humanos não pretendem derivar sua validade de crenças religiosas específicas, é necessário estabelecer uma ética universalista da fraternidade sobre bases laicas, seculares. Tal ética encontra-se presente na obra de Tomás de Aquino.

O desafio enfrentado por Tomás de Aquino é o de fornecer uma teoria ética adaptada às necessidades de uma sociedade urbana nascente, com o direito romano, as universidades, o comércio e a centralização do poder político pelo monarca.³⁹ Nessa sociedade, tudo leva a que se supere qualquer definição do humano a partir de comunidades específicas (tribo, etnia, feudo, religião): há a formação de um mercado europeu e mediterrâneo; há a retomada do direito romano, que suprime as diferenças estamentais do feudalismo; o fortalecimento do poder real leva o Estado nascente a definir os seres humanos como indivíduos, e não como servos, clérigos ou nobres, para fins de administração; há minorias judaicas, cristãs e muçulmanas, na península ibérica e na Palestina, que vivem sob governantes de outro grupo religioso, o que inviabiliza a tentativa de legitimar o poder político pela fé.

³⁸ Para a noção de reconhecimento, cf. Charles TAYLOR, "A política do reconhecimento" e Axel HONNETH, *Luta por reconhecimento*.

³⁹ Alasdair MACINTYRE, *Depois da virtude*, p. 289.

Tomás recusa enfrentar o desafio a partir de um fundamentalismo religioso tal como preconizado pelos agostinianos da sua época, pretendendo que a solução para problemas institucionais específicos estaria nos textos bíblicos. Está emergindo uma esfera laica, que exige uma ética laica. Tomás irá responder a esse desafio apelando para fontes pagãs: Aristóteles e o direito romano.⁴⁰ Na sua ética filosófica temos uma secularização da ética universalista da fraternidade do Evangelho.

Em primeiro lugar, a regra de ouro é secularizada, isto é, atribui-se a ela um fundamento racional. A regra de ouro é considerada como estando implícita e fornecendo uma explicação para o mandamento divino “Ama teu próximo como a ti mesmo”.⁴¹ Ora, esse mandamento, além de verdade de fé, é considerado como um preceito “primeiro e universal da lei natural, evidente à razão”.⁴² A regra de ouro para o crente tem a autoridade do Evangelho, mas sua validade não depende da fé cristã, constituindo uma regra que a razão impõe a todo ser humano.

A universalização da regra de ouro depende da afirmação da intrínseca igualdade de todos os seres humanos. Tomás mantém a igualdade universal, tal como pregada pelo apóstolo Paulo, na sua epístola aos Gálatas: “Não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós sois um só em Cristo Jesus”.⁴³ Com essa afirmação, Paulo desqualifica as “três fontes principais de desigualdade” (Bobbio): as diferenças derivadas de pertença a comunidades distintas (judeu/grego), as diferenças de sexo (homem/mulher) e as diferenças de classe (escravo/livre) não valem mais como critérios de hierarquia. Todos são iguais, de um ponto de vista transcendente, como afirma Tocqueville: “o cristianismo tornou todos os homens iguais perante Deus”.⁴⁴

A contribuição de Tomás consiste em secularizar a igualdade. A igualdade repousa sobre a posse de uma natureza humana comum: “todos os homens por natureza são iguais”.⁴⁵ Se todos são iguais, todos devem aproximar-se, devem assumir a atitude de próximo em relação a outrem, e, portanto, são titulares de um dever de reciprocidade: “devemos ter a todo homem como próximo e irmão nosso”.⁴⁶

Essa noção de próximo universal ou co-humano, na ética filosófica de Tomás de Aquino, está inserida em uma ética universalista da fraternidade laica. A igualdade na dignidade de todos os seres humanos universaliza o

⁴⁰ Michel VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, p. 107.

⁴¹ Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 99, a.1.

⁴² ST I-II, q. 100, a. 3.

⁴³ *Epístola aos Gálatas* 3, 28.

⁴⁴ Alexis de TOCQUEVILLE, *A democracia na América*, p. 17.

⁴⁵ ST II-II, q. 104, a.5.

⁴⁶ ST II-II, q. 78, a.1.

alcance da regra de ouro. Toda pessoa humana torna-se um sujeito de dever (próximo/co-humano) face a toda pessoa humana. Viver em comunidade é viver em débito com relação aos outros membros, aproximando-se para realizar o que lhes é devido. A reciprocidade abarca todo o humano.

A ética universalista da fraternidade pode fornecer um conteúdo determinado à noção de fraternidade presente na *Declaração*: “Todos os homens (...) devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”(art. I). Isso significa juridicamente, reciprocidade (regra de ouro) nos direitos: “No exercício dos seus direitos e liberdades, todo homem” deve assegurar “o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem” (art. XXIX). A partir da explicitação da ética subjacente à *Declaração*, é possível determinar quem é o titular do dever correlato em relação aos direitos humanos: todo aquele que se defronta com uma pessoa humana. Os direitos humanos são o “objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade” (Preâmbulo da *Declaração*). Do mesmo modo, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, promulgado pela ONU em 1966 como detalhamento da Declaração de 1948 prescreve: “O indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto”. A *Declaração* e os *Pactos* prescrevem, portanto, a atitude de co-humanidade. “Cada indivíduo”, em um “espírito de fraternidade”, deve aproximar-se dos demais seres humanos, assumindo o papel de sujeito de “deveres para com seus semelhantes”, o que significa concretamente “lutar pela promoção e observância” dos direitos humanos.

Como ensina Tocqueville, o decisivo em uma sociedade é a cultura (costumes), não as instituições (leis). Segundo Mangabeira Unger, “as coisas sociais, existem tanto na mente como na conduta”.⁴⁷ É ingênuo e inócuo pensar a questão dos direitos humanos somente como uma questão de instituições (ONU, tribunais internacionais, etc.). Sem uma mudança de atitude, as instituições não ganham consistência e efetividade social. Isso significa que sem a adoção generalizada de uma ética universalista da fraternidade, que leve a adoção de uma atitude de co-humanidade, toda tentativa de criar mecanismos institucionais de proteção aos direitos humanos está fadada ao fracasso. Deve-se superar a visão de mundo liberal, cujo individualismo remete à coletividade (Estado) a titularidade do dever no tocante aos direitos humanos, visão essa repetida pela social-democracia, ao encarregar o Estado de cuidar do indivíduo “do berço ao túmulo”. Manter-se nessa visão é vincular os direitos humanos à crise e provável superação do Estado-nação.

⁴⁷ Roberto Mangabeira UNGER, *O direito na sociedade moderna*, p. 87.

De outro lado, países que realizaram o ideal do Estado social vêm-se às voltas com imigrantes que, aceitos como força de trabalho, não são aceitos como iguais. Apesar da sofisticação institucional da proteção aos direitos humanos desses países, a ausência de uma ética universalista da fraternidade provoca uma divisão da sociedade entre cidadãos e estrangeiros residentes. Estes são os *metecos* do século XXI, partilhando com os estrangeiros da *polis* grega, o *status* permanente de desigualdade e subordinação. Volta-se a uma sociedade estamental sem direitos universais, pela impossibilidade ética de reconhecer o estrangeiro como igual, como próximo, como co-humano.

6. O OBJETO DOS DIREITOS HUMANOS: O JUSTO NATURAL

Todo direito subjetivo versa sobre um certo objeto, isto é, possui certo conteúdo. Como foi visto, a situação de direito subjetivo apresenta a seguinte forma: “X tem direito a Z face a Y”. O que é “z” ou “direito a z”?

A dogmática jurídica tende a conceber “z” como uma faculdade (*facultas*), um termo suave para designar um poder (*potestas*). Essa concepção tem sua origem teórica no século XIV com a filosofia de Guilherme de Ockham (1295-1350). Articulando-se a partir do direito de propriedade e tem seu *locus* natural no direito privado liberal. Para a ciência do direito, o direito subjetivo é um poder subjetivo.

Mas há uma outra forma de se entender o conteúdo do direito subjetivo. Ele tem sua origem no século XIII no pensamento de Tomás de Aquino, e é plenamente explicitado no século XVI, na obra de Francisco de Vitória (1483-1546). É a concepção de que o conteúdo ou objeto do direito subjetivo não é um poder, mas o justo, aquilo que é devido, abordado do ponto de vista do sujeito beneficiado. A noção central não é a de propriedade, mas a de igualdade. Esta última concepção, do direito subjetivo como justo subjetivo, é a única adequada aos direitos humanos.

6.1. O direito subjetivo como poder subjetivo

O direito subjetivo como poder tem sua primeira formulação filosófica na obra de Guilherme de Ockham. Para este filósofo inglês, na moral há um primado da vontade sobre a razão. É a vontade, divina ou humana, que determina o que é o bem. O bem não é, portanto, matéria de conhecimento (razão). Ora, este primado da vontade leva na esfera política e jurídica a uma centralidade da noção de poder. Com efeito, se para a moral a vontade é relevante, para a política e o direito só interessam a exteriorização da vontade como um querer eficaz, ou seja, como poder. Rompendo com a

tradição racionalista aristotélica, o voluntarismo de Ockham altera a compreensão da política e do direito. O conceito central da política não será mais o conceito de bem comum, mas o de poder político, que determina arbitrariamente o conteúdo da ação coletiva. E a experiência jurídica não está mais centrada no conceito de justiça, mas no conceito de poderes subjetivos derivados de um ato de vontade do poder político (lei) ou do ato de vontade dos particulares (contrato). Em outros termos: o direito (*jus*) de um indivíduo é um poder (*potestas*), derivado de um pacto ou de uma lei, e provido de uma sanção pública.⁴⁸

Essa visão do direito subjetivo repousa sobre uma determinada visão de ser humano. Para a metafísica de Ockham, não há relações no mundo, somente indivíduos. A consequência antropológica é a definição do ser humano como indivíduo, isto é, alguém cuja identidade deve ser dada à margem da relação com os demais seres humanos. É notório o sucesso dessa antropologia individualista na história do Ocidente. Ela culmina com a antropologia burguesa-liberal, para quem, nos termos de Marx, “o homem é uma mônada auto-suficiente”.⁴⁹ Isso significa que o próprio bem é independente do bem dos demais, uma vez que a relação com os demais é meramente accidental, mas não constitutiva da identidade humana. Nessa perspectiva, é claro que o outro aparece cada vez mais como um obstáculo na busca pelo bem próprio: “Cada homem vê nos outros homens, não a realização de sua liberdade, mas o seu limite”.⁵⁰ A conhecida frase de Sartre, “o inferno são os outros”, traduz bem o estado de espírito dessa antropologia.

Quando esse individualismo, presente na obra de Ockham, torna-se, por vários fatores (ciência moderna, Reforma, capitalismo), hegemônico no Ocidente, a própria sociedade passa a se configurar de um modo distinto. Para o individualismo, a sociedade funciona como um grupo de naufragos encalhados em uma ilha deserta, todos estranhos entre si. “É preciso elaborar normas que salvaguardem cada um de nós o máximo possível em tal situação”.⁵¹ O que essas normas fazem, de fato, é conferir poderes aos indivíduos para que eles possam realizar seus próprios fins sem a interferência dos demais, poderes sobre pessoas ou coisas: o direito subjetivo “é o poder de disponibilidade sobre uma pessoa ou coisa, garantido juridicamente”.⁵² Esse tipo de estruturação do direito subjetivo torna-se hegemônico em função, entre outros fatores, de sua importância para o capitalismo. Já dizia Kelsen que atribuir direitos subjetivos aos indivíduos é algo típico

⁴⁸ Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 250.

⁴⁹ Karl MARX, “A questão judaica”, p. 57.

⁵⁰ Karl MARX, *op. cit.*, p. 57.

⁵¹ Alasdair MACINTYRE, *Depois da virtude*, p. 419-420.

⁵² Max WEBER, *Economia y sociedad*, p. 532.

“da ordem jurídica capitalista, na medida em que esta (...) toma particularmente em consideração o interesse individual”.⁵³

Nessa perspectiva, o direito subjetivo adquire um caráter belicoso, de arma que se usa contra os outros, ao ponto de Hart referir-se a ele como uma “soberania em pequena escala”.⁵⁴ A representação clássica desse poder subjetivo usado contra os demais permanece sendo a obra de Hobbes: “E dado que a condição do homem é uma condição de guerra de todos contra todos (...), segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros”.⁵⁵

Sabe-se que “o mundo moderno subvertera o primado tradicional da relação entre os homens, substituindo-o pelas relações entre coisas”.⁵⁶ Dá a centralidade do direito de propriedade, concebido como o poder de um sujeito sobre uma coisa, na sociedade moderna. O direito de propriedade passa a ser o modelo para todo direito subjetivo, o que significa que ele é exercido sempre sobre uma coisa, seja um objeto ou um ser humano. De fato, o poder coisifica o outro, torna-o um instrumento, um meio para os fins do sujeito do poder. Neste contexto, uma invocação a um direito subjetivo em uma determinada situação tem como efeito transformar a relação entre sujeitos em uma relação entre um sujeito – o titular do direito – e uma coisa, o titular do dever, que deverá sofrer o ato de poder.

Os direitos do homem foram pensados a partir do conceito de direito subjetivo como poder subjetivo nas primeiras fases da sociedade moderna. Tratava-se de fato, de construir uma sociedade em que indivíduos auto-interessados interagem de um modo competitivo. Os direitos do homem impunham-se como necessários para limitar o risco representado pelos outros na luta pela consecução dos próprios interesses: “Os direitos se reclamam frente a alguma outra pessoa ou outras pessoas; se invocam na medida em que as outras pessoas aparecem como ameaças”.⁵⁷

Os direitos do homem entendidos desse modo apresentam-se fortemente ideologizados, a serviço de uma determinada visão de mundo: “os direitos do homem são de fato, os direitos do burguês bem-sucedido. Sua reivindicação, sua defesa, sua praça-forte.” O homem moderno concebe a si mesmo “como a um Robinson exilado na sua ilha e que trata de se proteger na agitação de um meio que lhe é, segundo a famosa tese de Hobbes, originalmente hostil: o meio social”.⁵⁸ De fato, os direitos do homem do jusnaturalismo moderno são sempre direitos do ser humano isolado no estado de

⁵³ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 149.

⁵⁴ Herbert Hart, *apud* John Finnis *Ley natural y derechos naturales*, p. 256.

⁵⁵ Thomas Hobbes, *Leviatã*, XIV, p. 78.

⁵⁶ Louis Dumont, *O individualismo*, p. 50.

⁵⁷ Alasdair MacIntyre, *Tres versiones rivales de la ética*, p. 232.

⁵⁸ Henrique Cláudio de Lima Vaz, “Pessoa e sociedade: o ensinamento de João XXIII”, p. 108.

natureza. Servem antes para reprimir a sociabilidade humana do que para fomentá-la: “Nenhum dos supostos direitos do homem vai além do homem egoísta”, do ser humano “enquanto indivíduo separado da comunidade, confinado a si próprio, ao seu interesse privado e ao seu capricho pessoal”.⁵⁹ A liberdade, como direito do homem nas declarações do século XVIII, “não se funda nas relações entre homem e homem, mas antes na separação do homem a respeito do homem. É o direito a tal separação, o direito do indivíduo circunscrito, fechado em si mesmo”.⁶⁰

A difusão desta concepção de direito subjetivo como poder subjetivo entre os juristas ocorreu pelo fato de a dogmática jurídica ver “todas as questões jurídicas apenas sob a perspectiva de um caso de conflito”, atuando como “mera preparadora da decisão judicial do mesmo”.⁶¹ Para a dogmática, a realidade é o conflito, e a comunidade, uma ficção. Nesse contexto, diz-se que há direito subjetivo quando, em um conflito entre sujeitos auto-interessados, um “indivíduo circunscrito, fechado em si mesmo” alcança convencer um juiz que os demais devem curvar-se ao seu “interesse privado e seu capricho pessoal”. Pensar o direito subjetivo na perspectiva conflitiva do indivíduo auto-interessado significa pensá-lo como a possibilidade de sujeitar os outros ao próprio arbítrio, significa pensá-lo como poder subjetivo.

6.2. O direito subjetivo como justo subjetivo

A noção do direito subjetivo como justo subjetivo liga-se à teoria aristotélico-tomista da justiça.

Segundo Aristóteles, “em toda comunidade parece haver algum tipo de justiça e também de amizade”.⁶² A comunidade é o tipo de associação constituída em torno de um bem considerado comum a seus membros.⁶³ No reconhecimento de que o outro partilha a mesma concepção do bem, e é indispensável seu auxílio para alcançá-lo, repousa a noção aristotélica de *philia* (amizade). Contudo, a busca do bem comum exige-se que sejam especificados os deveres dos membros da comunidade. Esse é o papel que corresponde à justiça.

A noção clássica de justiça, da qual derivará a concepção do direito subjetivo como justo supõe uma antropologia e uma sociologia específicas. A pessoa humana, por ter a sociabilidade como elemento constitutivo da sua natureza, é um ser relacional, isto é, ela só alcança sua plena realização

⁵⁹ Karl MARX, “A questão judaica”, p. 58.

⁶⁰ Karl MARX, op. cit., p. 57.

⁶¹ Carl SCHMITT, “Sobre os três tipos de pensamento jurídico”, p. 183.

⁶² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* VIII, 9, 1159b.

⁶³ ARISTÓTELES, *Política* I, 1, 1252a)

em uma sociedade onde todos tenham todos os bens necessários à sua plena realização: o bem do outro é também o meu bem. Na expressão de MacIntyre, “o meu bem como ser humano é o mesmo que o bem daqueles que constituem comigo a comunidade humana. (...) O egoísta é alguém que cometeu um erro fundamental acerca de onde reside seu próprio bem e por isso se auto-exclui das relações humanas”.⁶⁴

Assim como a sociedade moderna tem seu paradigma de organização na noção de mercado, os clássicos tinham uma concepção comunitária de sociedade. A vida social só pode ser entendida como a busca de um bem comum, sendo este nada mais do que o conjunto de condições (liberdade, educação, saúde, segurança, etc.) necessários à plena realização de todos os membros da comunidade.

A *Declaração Universal* incorpora essa concepção personalista de ser humano e comunitarista de sociedade. De fato, o art. XXIX dispõe, no n. 1: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.” Cai por terra a crítica marxista aos direitos humanos. Os direitos do homem dos séculos XVIII e XIX eram de cunho individualista. O indivíduo saía do estado de natureza e entrava no estado civil munido de poderes, que o protegiam e isolavam dos outros membros da sociedade. Ao contrário, a antropologia da *Declaração Universal* tem um caráter nitidamente relacional: somente na relação com os demais é possível “o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.” O outro não é mais visto como obstáculo, entreve à auto-realização; ao contrário, ele é condição da auto-realização. No n. 2 do mesmo artigo, prescreve-se que no exercício do seus direitos e liberdades, todo homem deve “satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.” Há, portanto, um bem comum da sociedade, que não é mais definida como arena na qual os indivíduos auto-interessados se digladiam, mas como espaço comum de realização simultânea dos direitos próprios e alheios.

Essas preliminares foram necessárias, pois o conceito de justiça disciplina as relações entre pessoa (antropologia) e sociedade (sociologia). Na terminologia clássica, a justiça encontra-se na intersecção entre Ética (bem da pessoa humana) e Política (bem comum). De fato, se “a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido”,⁶⁵ o devido a cada um determina-se pelo bem que lhe é próprio: deve-se dar à pessoa o que é necessário para que ela alcance o seu bem, a auto-realização, e deve-se dar à sociedade o que é necessário para que ela alcance o seu bem, o bem comum. Por isso, a teoria da justiça pressupõe uma antropologia e uma sociologia, na medida

⁶⁴ Alasdair MACINTYRE, *Depois da virtude*, p. 384.

⁶⁵ ST II-II, q. 67, a.3.

em que disciplina as relações entre pessoa e sociedade, ou em outros termos, pressupõe uma Ética e uma Política, uma vez que a justiça é apenas formal (o dever), sendo necessário que lhe seja fornecida uma matéria (o bem), que só pode ser determinada pela Ética, no caso do bem da pessoa e da Política, quando se trata do bem da sociedade.

Nessa tradição, o direito é o objeto da justiça, ou o seu conteúdo. Retomando a definição romana, Tomás define a atividade própria da justiça como “dar a cada um o seu direito”.⁶⁶ O direito de cada um é o seu (*suum*): “o ato próprio da justiça (...) é dar a cada um o que é seu.” (II-II, q. 58, a. 11). Como objeto da justiça, o direito (*jus*) se identifica com o justo (*justum*),⁶⁷ e o exemplo de Tomás é claro: “a remuneração devida por um serviço prestado” é o *jus*, o direito do trabalhador, aquilo que lhe é devido, o seu “justo subjetivo”.

Note-se que “seu” de cada um é sempre referido a outrem. O que é devido, o direito (*jus*) de alguém é sempre determinado em função de sua relação com os demais. A justiça implica alteridade e igualdade: o próprio da justiça “é ordenar o homem nas coisas que estão em relação com outrem. Implica, com efeito, certa igualdade (...) e a igualdade se estabelece em relação a outrem”.⁶⁸ A igualdade, e não a propriedade, tem papel paradigmático nessa tradição.

Para determinar uma classificação dos direitos, ou seja, do conteúdo da justiça, é necessário estabelecer antes a tipologia desta. Há três espécies da justiça: a legal, distributiva e comutativa.⁶⁹

“A justiça legal (...) visa o bem comum como objeto próprio”.⁷⁰ Pela justiça legal, estabelece-se aquilo que é devido à comunidade para que essa alcance o seu bem. Mas a comunidade não existe acima e para além dos seus membros: a comunidade é a totalidade dos seus membros. Assim, a justiça legal estabelece o que é devido às pessoas na sua condição de membros da comunidade. Como isso vem disciplinado em geral pela lei, o nome “legal” foi considerado apropriado por Tomás de Aquino. Atualmente, um desenvolvimento dessa tradição preferiu o termo “social”. Assim, a justiça social estabelece o que é devido a todos os membros da sociedade. Pode-se expressar suas exigências do seguinte modo: “A todos a mesma coisa” ou, empregando uma fórmula de Nietzsche, “dar a cada um o que me é devido”.⁷¹ Na justiça social, tem-se uma igualdade absoluta entre os sujeitos porque é uma igualdade na dignidade, que não admite gradações.

⁶⁶ ST II-II q. 57, a. 4.

⁶⁷ ST II-II q. 57, a.1.

⁶⁸ ST II-II, q. 57, a.1.

⁶⁹ Para o conceito de justiça, cf. Luis Fernando BARZOTTO, “Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito”.

⁷⁰ ST II-II, q. 58, a.6.

⁷¹ Friedrich NIETZSCHE, *Assim falava Zaratustra*, p. 87.

A justiça distributiva é aquela que “reparte proporcionalmente o que é comum”,⁷² sejam estes bens ou encargos. Impõe-se determinar o que cabe a cada um dos bens e encargos comuns. Isso é feito por um critério de distribuição que leva em consideração uma qualidade pessoal do destinatário da distribuição: “na justiça distributiva se consideram as condições pessoais que constituem a causa (...) do débito”.⁷³ Na distribuição de uma cátedra universitária, o critério de distribuição será a qualidade pessoal de “suficiência do saber”. Para distribuir bens pessoais em uma herança, exige-se a qualidade pessoal de parente. A fórmula geral da justiça distributiva é “a cada um segundo x”, sendo x a qualidade pessoal relevante para a distribuição do bem/encargo em questão. Na justiça distributiva, há uma igualdade proporcional entre sujeitos e coisas (bens/encargos). Cada pessoa receberá proporcionalmente o bem ou encargo na medida em que possui a qualidade x. No imposto sobre a renda, a igualdade será proporcional entre pessoas de rendas diferentes.

O terceiro tipo de justiça é a justiça comutativa, aquela que regula “as trocas que se realizam entre duas pessoas”.⁷⁴ O caso mais típico de uma situação de justiça comutativa é a compra e venda: “Nas trocas (comutações) se dá algo a uma pessoa particular em razão de outra coisa dela recebida, como principalmente se manifesta na compra e venda, na qual se encontra primordialmente a noção de troca. Então é necessário adequar coisa a coisa”.⁷⁵ Sua fórmula é: a cada um a mesma coisa. Na justiça comutativa há uma igualdade absoluta entre coisas.

Definir o direito subjetivo como justo subjetivo acarreta duas consequências: há uma superação da oposição pessoa/sociedade e ao mesmo tempo, a igualdade torna-se um elemento constitutivo do direito subjetivo.

Pensar o direito a partir da teoria clássica da justiça, ou seja, pensá-lo como o justo na situação concreta, leva à superação da oposição irreductível entre indivíduo e sociedade, típica da teoria liberal-burguesa dos direitos do homem: “O homem está longe de ser considerado, nos direitos do homem, como um ser genérico; pelo contrário, a própria vida genérica – a sociedade – surge como sistema que é externo ao indivíduo, como limitação de sua independência original. O único laço que une os indivíduos é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a preservação da sua propriedade e das suas pessoas egoístas”.⁷⁶ Ao contrário, a teoria clássica da justiça estabelece a interdependência entre pessoa e sociedade, entre auto-realização e bem comum. A sociedade não é mais do que a totalidade

⁷² ST II-II q. 61, a.1.

⁷³ ST II-II q. 63, a.1.

⁷⁴ ST II-II q. 61, a.1.

⁷⁵ ST II-II q. 61, a.2.

⁷⁶ Karl MARX, “A questão judaica”, p. 58.

dos seus membros. Por isso, o bem comum consiste no bem de todas as pessoas que compõem a sociedade. De outro lado, sem o bem de todos, não há como o ser humano, um ser social, alcançar a sua auto-realização, uma vez que o bem do outro é constitutivo do seu bem.

Ensina Tomás que a justiça social não esgota o âmbito da justiça: “a justiça legal ordena suficientemente ao homem com suas relações a outrem: enquanto ao bem comum, imediatamente, e quanto ao bem de uma única pessoa singular, mediamente. Por isso convém que exista uma justiça particular que ordene imediatamente o homem a respeito do bem de outra pessoa singular”.⁷⁷ Pensemos no caso do direito ambiental. O dever de não poluir beneficia imediatamente a sociedade como um todo, é um dever que visa imediatamente o bem comum, porém, mediamente, visa a cada um dos membros da sociedade. Mas é necessária uma justiça que determine o que é devido diretamente aos membros da sociedade considerados na sua singularidade, porém sempre em função do bem comum: “a justiça particular dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum”.⁷⁸ Na justiça social, considera-se o outro na sua condição de membro da comunidade. Na justiça particular, ao contrário, visa-se diretamente ao bem do particular, e indiretamente ao bem comum. Quando Pedro paga seu credor João, é este último que é diretamente beneficiado, mas indiretamente, toda a sociedade se beneficia, na medida em que o pagamento das dívidas possui uma “função social” na esfera econômica.

6.3. O justo natural e os direitos humanos

Na tradição tomista, “o direito ou o justo” é definido como aquilo que é “adequado (*adaequatum*) a outrem”.⁷⁹ Mas algo é adequado a outrem de dois modos: ou por convenção ou por natureza.

Por uma convenção privada, como o contrato, ou por uma convenção pública, como a lei, o particular “ou todo o povo consente que algo se considere como adequado ou ajustado a outrem (...). Isto é direito positivo (*jus positivum*)”.⁸⁰ O direito ou o justo positivo é fruto de uma convenção orientada para a obtenção do bem comum dos particulares/contratantes (bem comum privado) ou de todo o povo (bem comum político). Note-se que a convenção para Tomás, é antes um ato de razão do que de vontade.

Ao lado do direito positivo, tem-se “o direito ou o justo natural, aquele que por sua natureza é adequado ou ajustado a outrem”.⁸¹ Segundo Tomás,

⁷⁷ ST II-II, q. 58, a.7.

⁷⁸ ST II-II, q. 58, a.12.

⁷⁹ ST II-II, q. 57, a.2.

⁸⁰ ST II-II, q. 57, a.2.

⁸¹ ST II-II, q. 57, a.3.

esta adequação se dá considerando a coisa em si mesma, ou em suas conseqüências. O conhecimento é algo naturalmente, adequado ao ser humano, ser racional. A apropriação desse conhecimento pelas pessoas humanas na forma de um “direito à educação”, deve ter como parâmetro não a coisa em si mesma (o conhecimento nada informa sobre sua transmissão), mas considerando a coisa com “relação às suas conseqüências”.⁸² É melhor ter uma instrução familiar, uma escola pública ou uma educação privada? Isso cada comunidade deve estabelecer para atender às exigências de conhecimento da pessoa humana. O conteúdo do direito é absoluto (conhecimento), mas a forma de sua realização (educação) é relativa. O justo natural em sentido primário/absoluto (no exemplo de Tomás, a adequação do macho à fêmea) diferencia-se do justo natural em sentido secundário/relativo, cujo conteúdo natural deve ser adaptado tendo em vista as conseqüências de sua implementação para a pessoa humana e para o bem comum de comunidades concretas. O exemplo de Tomás é o da propriedade privada. A coisa, considerada em si mesma, não é pública ou privada. Mas a razão, verificando a conveniência da apropriação privada (ao menos dos bens de uso), a institui universalmente.

Os direitos humanos são, assim, direitos naturais em um sentido mitigado. Eles são a expressão histórica de algo natural. Nos termos de Tomás de Aquino, eles são justo natural de uma forma secundária, na medida em que o bem que forma seu conteúdo (vida, conhecimento, liberdade) não é criado por instituição humana, mas é apenas reconhecido. Não está em questão estabelecer ou não um sistema de educação. Que as pessoas tenham acesso ao conhecimento para poderem realizar-se como seres racionais, não é disponível, é algo absoluto, incondicional. Mas *como* será efetivado esse acesso por meio de um direito à educação, isso só pode ser estabelecido tendo em vista as “conseqüências”, isto é, aquilo que a razão ditou como o mais apropriado diante das circunstâncias. Os direitos, tendo seu núcleo essencial, absoluto, preservado, assumem uma feição mutável segundo as circunstâncias concretas de uma comunidade.

Em termos de Tomás de Aquino, os direitos humanos são *jus gentium*, direito natural no conteúdo e direito positivo universal na sua forma. Note-se, são direito positivo sem necessidade de positivação: “pois desde o momento em que a razão natural dita aquelas coisas que são direito das gentes, segue-se que não requerem uma especial instituição, pois a própria razão natural as institui”.⁸³ É um direito positivo universal, não tematizável por uma dogmática restrita a ordenamentos jurídicos positivos particulares. O conceito de *jus gentium* permite obviar dois problemas: ao mesmo tempo

⁸² ST II-II, q. 57, a.3.

⁸³ ST II-II, q. 57, a.3.

em que seu fundamento é incondicional e absoluto, por ser natural, a sua concretização é relativa, histórica: a razão (prática) deve estabelecer os modos históricos (positivos) em contextos comunitários concretos de realização de bens (naturais) que tem um fundamento trans-histórico (a natureza humana).

Tratemos de um exemplo de um direito humano social, como o direito à saúde, para demonstrarmos como funciona a lógica do direito subjetivo entendido como justo. O direito humano social à saúde (art XXV da *Declaração Universal*) é um direito subjetivo que cabe a todos os seres humanos. Isso pode ser interpretado de dois modos, segundo o pensamento jurídico ocidental: como um poder subjetivo ou como o justo subjetivo.

A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo auto-interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos auto-interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde.

Ao contrário, conceber o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir este último. Assim, não se trata de saber se é adequado ao indivíduo X receber 10 milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. A *saúde* de X é uma *qualidade individual* sua, a ser determinada por um médico. O *direito à saúde* não é uma qualidade individual, mas uma *relação de justiça* que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas conseqüências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo, é absoluto.

Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X, sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a *saúde* de X será afetada, mas não o seu *direito à saúde*, pois 10 milhões não é algo

adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isso. Pensar que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social.

A aparição plenamente delineada do conceito de justo subjetivo em matéria de direitos humanos se dá em uma discussão sobre qual é o comportamento juridicamente correto em relação aos índios na colonização espanhola, na reflexão do filósofo e teólogo espanhol Francisco de Vitória (1492-1546). Pela primeira vez na história, trata-se de discutir em um caso concreto, o que é juridicamente devido a seres humanos pela sua simples condição de seres humanos, isto é, trata-se de discutir se os seres humanos têm direitos para além de sua pertença a uma comunidade política particular. Em outros termos: a colonização espanhola coloca como problema concreto se existem ou não *direitos humanos*.

Para Vitória, todos os seres humanos, para além de suas comunidades particulares, pertencem a uma única comunidade universal: “o orbe inteiro, que de certo modo é uma república”.⁸⁴ Como república, o orbe possui uma ordem. O mundo é uma comunidade ordenada. E, como ensina Aristóteles, em toda comunidade as relações entre seus membros devem pautar-se pela justiça. Para Vitória os Estados e todos os seres humanos devem pautar-se por essa ordem de justiça universal, que ele caracteriza em termos de *jus gentium*.

Vitória retoma o conceito de direito de Tomás de Aquino: “O direito se toma em sentido próprio pelo justo, isto é, pelo que é justo”.⁸⁵ O justo/direito se manifesta onde pode haver injustiça: “Aqueles que podem sofrer injustiças, têm direitos”.⁸⁶ As criaturas irracionais não têm direitos: “As criaturas irracionais não podem ter direito (...), porque não podem sofrer injustiça; logo, não têm direito”.⁸⁷ Em sentido contrário, todos os seres racionais podem sofrer injustiças. Logo, têm direitos. Os índios são racionais. Logo, têm direitos: “Os índios (...) têm a seu modo o uso da razão. Está claro porque tem certa ordem em suas coisas, uma vez que possuem cidades estabelecidas ordenadamente, e têm matrimônios claramente constituídos, magistrados, senhores, leis, artesãos, mercadores, coisas que requerem o uso da razão; do mesmo modo, têm uma espécie de religião, não erram em coisas que são evidentes para os demais, o que é sinal do uso da razão”.⁸⁸ O conceito de direitos humanos é, pela primeira vez na história

⁸⁴ Francisco de VITÓRIA, *Sobre o poder civil*, p. 51.

⁸⁵ Francisco de VITÓRIA, *A justiça*, p.10.

⁸⁶ Francisco de VITÓRIA, *Sobre os Índios*, p. 82.

⁸⁷ Francisco de VITÓRIA, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁸ Francisco de VITÓRIA, *op. cit.*, p. 82.

do Ocidente, explicitado: pessoas humanas têm direitos pelo simples fato de serem pessoas humanas.

Assim, ao defrontar-se com os índios, os espanhóis devem ter presente alguns direitos que lhes como pessoas humanas. Em primeiro lugar, os índios têm direito à vida, pois todos têm “(...) o direito de defender a própria vida”.⁸⁹ Em segundo lugar, eles têm o direito de propriedade: os índios são “tão proprietários como os cristãos, e não podem ser despojados de suas propriedades como se não fossem verdadeiros donos”.⁹⁰ Por fim, os índios possuem liberdade religiosa: “os infiéis (...) não podem ser obrigados a aderir à fé pela força (...), porque crer é um ato de vontade”.⁹¹

7. O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS: A LEI NATURAL

Toda invocação de um direito subjetivo exige a demonstração de seu fundamento objetivo. Não basta afirmar um direito. É preciso apontar seu fundamento. Para a dogmática jurídica, o direito subjetivo (*facultas agendi*) tem seu fundamento em uma norma positiva do ordenamento (*norma agendi*).

Um modelo de abordagem do fundamento dos direitos humanos a partir dos procedimentos tradicionais da ciência do direito é a seguinte passagem de Norberto Bobbio. Inicialmente ele distingue dois tipos de direitos: “um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter* (grifo no original).” O direito que se tem é real, efetivo e o que se gostaria ter só existe no plano do desejo. Para fundamentar o primeiro, “investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma.” Direitos que se tem são aqueles que repousam sobre normas de um ordenamento jurídico particular. De um modo mais direto: direitos existentes são direitos positivados. Já no caso dos direitos “que se gostaria de ter”, o processo de fundamentação “consiste em buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo”.⁹² O direito que se gostaria de ter é, obviamente, um direito que não se tem. Somente depois de se produzirem normas válidas é que os direitos passam a existir e as pessoas podem afirmar que têm direitos. Os direitos humanos são do segundo tipo: as pessoas gostariam de tê-los, mas enquanto não convencerem

⁸⁹ Francisco de VITÓRIA, op. cit., p. 71.

⁹⁰ Francisco de VITÓRIA, op. cit., p. 83.

⁹¹ Francisco de VITÓRIA, op. cit., p. 117.

⁹² Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 15.

aqueles que têm o poder de positivar o direito, os direitos humanos permanecem apenas como “coisas desejáveis”.⁹³

Como se defende neste artigo que direitos humanos são coisas reais, e fazer depender sua existência daqueles “que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas em um ordenamento” é o modo mais simples de frustrar um dos seus principais fins, a limitação do poder, aceita-se o desafio de apontar um fundamento que resulte de um argumento filosófico, e não político, para demonstrar que os direitos humanos são algo mais do que desejos piedosos ou politicamente corretos.

O primeiro erro a ser evitado na tentativa de indicar um fundamento aos direitos humanos é o de apontar as suas causas históricas.

Confunde-se a categoria de “fundamento” com a categoria de “causa”. Ora, a história aponta a causa, a gênese ou a origem de um fenômeno, e nunca seu fundamento. Aquele que pergunta pela causa expressa sua questão na forma de um “como?”: “Como os europeus chegaram à América?” “Como se deu a passagem do feudalismo ao capitalismo?” O fundamento indica a necessidade de uma justificação, de uma resposta à questão: “por quê?”. A determinação da causa histórica dos direitos humanos é extremamente importante. Deve-se investigar a influência da ética cristã, das revoluções liberais, do movimento operário, do movimento feminista, dos tratados internacionais, etc., mas isso não responde à questão “Por quê?”. A existência de direitos humanos é uma crença, e como tal, devem ser fundamentada, sob pena de ser considerada uma ficção. A pergunta “por que deve-se acreditar na igualdade entre o homem e a mulher?” não admite a resposta “porque a ONU declarou essa igualdade solenemente.” As declarações da ONU, ou a educação, ou a cultura do próprio país, tudo isso pode servir como causa histórica da crença na igualdade entre os sexos, mas não como seu fundamento. Afirmar o contrário seria o mesmo que vincular a pergunta “por que a lei da gravidade deve ser aceita?” com a resposta “porque Isaac Newton a formulou”. A formulação por parte de Isaac Newton é a causa histórica da crença, mas o seu fundamento só pode ser a própria realidade, o que nos remete à famigerada metafísica. Assim, aquele que pergunta “por quê?” está em última instância, pedindo uma certa descrição do mundo. O fundamento das crenças está no próprio ser, na realidade, e não no fato da aceitação histórica de uma determinada opinião sobre a realidade.

Deste modo, os direitos humanos só podem subsistir em determinadas circunstâncias históricas, e o próprio discurso sobre os direitos humanos dependem de um certo contexto histórico. Mas é delirante pretender que o fundamento esteja neste contexto histórico. A história fornece as condições,

⁹³ Norberto BOBBIO, op. cit., p. 16.

não o fundamento. Em termos jurídicos: a história fornece a eficácia, mas não a validade.

O segundo erro na questão do fundamento é dizer: “não há um fundamento absoluto” para os direitos humanos. Retoricamente, todo aquele que nas condições modernas pronunciar-se contra o “absoluto” já ganhou para si o auditório, aculturado em um clima relativista. Na questão dos direitos humanos, o relativismo, que está presente no discurso contemporâneo sobre os direitos humanos, não é conseqüente, pois nesse discurso observam-se duas teses contraditórias: a) não há um fundamento absoluto para os direitos humanos e b) os direitos humanos são absolutos.

A formulação da tese b) seria negada pelos relativistas defensores dos direitos humanos. Mas de fato, qual dos defensores dos direitos humanos, por mais vinculado que esteja ao positivismo ou relativismo, poderia aceitar as seguintes afirmações: “‘todo homem tem direito a não ser torturado se e somente se isso tiver sido declarado pela ONU’, ou ‘todo homem tem direito de não ser morto injustamente se e somente se resulta de utilidade para o maior número’ ou ‘todo homem tem direito a ser retribuído por seu trabalho se e somente se existe consenso a este respeito’”⁹⁴

Ou seja, pretende-se que os direitos sejam incondicionais, que sua *validade* não dependam de maiorias, consensos ou do beneplácito dos poderosos, ainda que sua efetivação, como foi visto, dependa de adaptações às circunstâncias, como qualquer realidade ética. Ora, se a validade dos direitos é incondicional, absoluta, seu fundamento não pode ser relativo, pois em um raciocínio, a conclusão não pode ser mais forte que as premissas.⁹⁵

Necessita-se, pois, de um fundamento objetivo ou incondicional ou absoluto, se os direitos humanos devem ser algo mais do que “coisas desejáveis” sujeito aos humores dos detentores do poder de positivar o direito, a tendências culturais ou aprovação de maiorias ocasionais.

Neste artigo será utilizada a teoria da lei natural presente no “Tratado da Lei” da *Suma Teológica* como fundamento dos direitos humanos.

A teoria da lei natural é uma teoria da razão prática. Ela define os termos e o funcionamento da racionalidade humana no que diz respeito à ação. O primeiro princípio da razão prática é: “O bem é para ser praticado e procurado; o mal é para ser evitado.” Esse princípio subjaz a toda ação. Resta saber como identificar o bem: “Tudo aquilo para que tem o homem uma inclinação natural, a razão naturalmente apreende como bom, e, por conseguinte, como ação a ser praticada, e o seu contrário, como mal a ser

⁹⁴ Carlos-Ignacio MASSINI, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, p. 189.

⁹⁵ Carlos-Ignacio MASSINI, *Filosofia del derecho*, p. 110.

evitado. Assim, segundo a ordem das inclinações naturais, segue-se a ordem dos preceitos da lei da natureza”.⁹⁶

As inclinações de um animal social e racional são três, conforme as dimensões da natureza humana, sendo três os bens que as realizam.

Como animal, o ser humano tende à autoconservação e à perpetuação da espécie. Pode-se falar aqui no bem *vida*, na sua manutenção e transmissão.

Na sua sociabilidade, o ser humano está destinado a compartilhar sua vida com os demais, sua existência é sempre coexistência. Ele tende a viver em comunidades, desde a comunidade familiar, a comunidade de amigos, até a comunidade política, e no limite, a comunidade universal do gênero humano. A *comunidade* é o bem buscado pela sociabilidade humana.

Pela sua natureza racional, o ser humano tende à verdade. A verdade é intrínseca ao conhecimento. Crenças falsas não constituem conhecimento. Utilizaremos verdade no sentido aristotélico: “Falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é”.⁹⁷ A verdade é de tal modo natural a um ser racional como a pessoa humana que Hannah Arendt usa a seguinte metáfora para descrevê-la: “Ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós”.⁹⁸ É oportuno lembrar que a verdade, na tradição aristotélico-tomista, não diz respeito somente à razão especulativa, mas à razão prática. A verdade é um bem para o ser racional quando ele conhece e quando ele age, pois agir na ignorância ou no erro é um mal para todo agente racional. Verdade constitui um bem como verdade teórica para o ser cognoscente e como verdade prática para o ser cognoscente-agente: “do entendimento teorético (...) e prático (...), o bem é a verdade”.⁹⁹ Em síntese: “a verdade é o bem da parte intelectual”¹⁰⁰ do ser humano.

Vida, comunidade e verdade formam os primeiros princípios da lei natural. Esses primeiros princípios não são regras, mas bens. São evidentes para todo ser racional, e como tal, não são suscetíveis de demonstração, pois não se demonstra o que é evidente. Esses preceitos são analíticos. Basta conhecer os seus termos para verificar sua verdade. Ao dizer que a vida, a comunidade e a verdade são bens para o animal social e racional apenas se explicita o que se entende por animal (ser vivo), social (ser que vive em comunidade) e racional (ser tendente a conhecer a verdade). “Para um animal é um bem estar vivo” é uma asserção evidente a todos os que conhecem o significado do termo animal e do termo vida.

⁹⁶ ST I-II, 94, 2.

⁹⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica* IV, 7, 1011b.

⁹⁸ Hannah ARENDT, “Verdade e política”, p. 325.

⁹⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 2, 1139a.

¹⁰⁰ Tomás de AQUINO, *Comentários à Ética a Nicômaco*, n. 817.

A justificação desses bens não pode se dar por via de demonstração para quem negue a natureza humana. Pode-se, porém, usar um “argumento de auto-refutação”¹⁰¹ para mostrar ao cético a existência de bens naturais, indisponíveis e não suscetíveis de negação racional.

Pede-se que o cético afirme verbalmente a alguém sua crença, isto é, que a vida, a comunidade e a verdade não são bens para o ser humano.

Ora, se o cético nega que a vida é um bem, ele está negando uma condição elementar da sua atividade discursiva, que é o fato de estar vivo. Dizer “a vida não é um bem” só é possível para quem está vivo. Se não estivesse vivo, não poderia negar que a vida fosse um bem. A vida é um bem ao menos como condição para sua negação no plano do discurso. Se o cético for coerente com sua crença e suicidar-se, desaparece com ele a afirmação de que a vida não é um bem, e não há mais uma asserção presente a ser refutada.

Negar que a comunidade é um bem é negar a própria situação de fala. Proferir uma asserção é entrar em uma comunidade de diálogo com alguém. Dizer “a comunidade não é um bem” é dizer “quero que alguém entre em comunidade comigo para saber que a comunidade não é um bem”, uma asserção auto-refutável.

O terceiro bem a que convidamos o cético a negar é a verdade. “A verdade não é um bem para o ser humano”. Assumindo que juízos descritivos, para terem algum sentido, são verdadeiros ou falsos, a frase enunciada pelo cético é verdadeira ou falsa? Se ele pretende que sua frase seja verdadeira, a verdade é o bem que ele está buscando ao proferi-la, e assim ele se refuta. Se ele não pretende que a frase seja verdadeira, não precisamos ouvir o que ele diz, porque ele não está dizendo nada com sentido. Popularmente, esse ceticismo se expressa no enunciado “a verdade não existe”. O argumento é o mesmo: se a frase é verdadeira, existe uma tese verdadeira, a de que “a verdade não existe”, e portanto a verdade existe. Se “a verdade não existe” é uma frase falsa, então a verdade existe. Mais uma vez, o ceticismo é auto-refutável.

Descartado o ceticismo, pode-se afirmar a existência de um conjunto de “princípios primeiros e universais”, que dizem respeito à razão prática, isto é, de princípios que estruturam o uso da razão no domínio da ação. São “princípios” pois estão no início de cadeias de justificação de um determinado curso de ação. Entre esses princípios, alguns são bens (comunidade, verdade, vida), outros são preceitos (regra de ouro, dignidade da pessoa humana).¹⁰² Esses princípios manifestam sua objetividade e universalidade no fato de serem “evidentes”.

¹⁰¹ John FINNIS, *Aquinas*, p. 59, nota 10. O paradigma do argumento da auto-refutação é o argumento apresentado por Aristóteles ao justificar o princípio da não-contradição na sua *Metafísica*.

¹⁰² A lista dos bens e preceitos é exemplificativa, não exaustiva.

A evidência dos princípios expressa em primeiro lugar que sua negação é auto-refutável. De outro lado, essa evidência não significa que sejam inatos, mas que todo aquele que tem determinado nível de experiência e conhecimento, pode apreender de um modo imediato, não-derivado, a sua validade. Assim, aquele que teve experiências morais adequadas, de reciprocidade, e não é um egocêntrico patológico, apreende imediatamente a validade da regra de ouro. Isso não significa que a validade do princípio derive da experiência, ou da história, mas que é necessário que certas condições históricas se façam presentes para que essa validade seja aceita. “O todo é maior que a parte” é uma proposição universal e necessária, mas será aceita como tal somente por aquele que na sua história pessoal, chegou a aprender o sentido dos termos “todo”, “maior” e “parte”.¹⁰³

O discurso multiculturalista contemporâneo nega a existência de qualquer princípio ético universal, apontando o pluralismo valorativo do mundo contemporâneo. Contudo, esse pluralismo nem sempre tem apoio nos fatos. Veja-se o caso da regra de ouro.

No presente artigo escolheu-se reconstruir na tradição ocidental a regra de ouro universalizada que está na base dos direitos humanos. Descreveu-se a passagem da regra de ouro da ética de vizinhança à ética cristã, e desta para a ética filosófica de Tomás de Aquino. Essa reconstrução teria sido possível a partir de qualquer outra tradição ética ou religiosa que afirmasse a seu modo, o conceito de co-humano. Pois o fato desta regra, para nós, ter sido universalizada a partir de uma determinada experiência histórica não significa que sua validade dependa de condições históricas específicas, assim como o fato de um astrônomo ter *descoberto* um novo planeta em condições históricas específicas não torna a *existência* do planeta condicionado pela história humana. Do mesmo modo, a regra de ouro *apresenta-se* nas grandes tradições ético-religiosas, como uma verdade cuja validade universal transcende suas manifestações particulares.

De fato, nos *Analectos* de Confúcio pode-se ler a seguinte formulação da regra de ouro: “O que tu mesmo não desejas, não o faças também a outro”. Essa regra encontra-se também no judaísmo: “Não faças aos outros o que não queres que te façam” (Rabi Hillel, 60 a.C – 10 d.C.). Nos textos sagrados do budismo encontra-se a seguinte asserção: “Uma situação que não é agradável ou satisfatória para mim não o há de ser para ele; e uma situação que não é agradável ou satisfatória para mim, como hei de impô-la a um outro?” Também o jainismo estabelece a regra de ouro: “O homem deveria comportar-se indiferentemente em relação às coisas mundanas e tratar todas as criaturas do mundo assim como ele próprio gostaria de ser

¹⁰³ Para a questão da auto-evidência dos primeiros princípios da razão prática defendida aqui, seguiu-se o argumento de John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, capítulo III.

tratado”. Do mesmo modo, podemos observar na tradição islâmica a presença da mesma regra: “Nenhum de vós é um crente se não deseja para o seu irmão o que deseja para si mesmo”. Também o hinduísmo proclama a validade da regra de ouro: “Não devemos nos comportar em relação a outros de uma maneira que para nós é desagradável; esta é a essência da moral”.¹⁰⁴

Do *fato* de que as grandes tradições ético-religiosas reconheçam a regra de ouro, não deriva a sua validade. Mas esse fato levanta ao menos duas questões:

a) o pluralismo ético não tem a extensão fática pretendida pelos relativistas, o que invalidaria as suas principais teses;

b) talvez o fato da *aceitação universal* da regra de ouro só possa ser explicado por uma teoria da lei natural.

A teoria da lei natural não torna a história irrelevante na compreensão dos direitos humanos. Os direitos humanos se revelam na história. Para se falar de “liberdade de imprensa”, é necessário que haja imprensa. Isso não significa, porém, que o *fundamento* dos direitos humanos seja histórico. Ele repousa sobre princípios objetivos e universais da razão prática. A liberdade de imprensa é uma exigência da liberdade devida a todo ser humano em virtude de sua racionalidade, em uma determinada circunstância.

Os direitos humanos têm seu fundamento na lei natural, ou seja, derivam da aplicação dos primeiros princípios da razão prática às circunstâncias históricas mutáveis. Eles determinam o que é devido ao ser humano como tal, para que ele alcance sua auto-realização nas condições concretas em que se encontra. Tome-se o exemplo da liberdade. Pela sua natureza racional, o ser humano é livre, não determinado. Sua natureza o inclina a ver na liberdade um bem. O primeiro princípio da razão prática “O bem é para ser procurado e realizado, o mal evitado”, faz com que a pessoa humana, na vida comunitária, reivindique a liberdade como algo que lhe é devido, como direito. A regra de ouro estabelece que ele reconheça a mesma liberdade para todo aquele que partilha a mesma condição de pessoa humana. Nesse contexto, a liberdade será proclamada um direito humano, um direito de todos os seres humanos. O conteúdo concreto dessa liberdade, o que ela implica em circunstâncias específicas, só pode ser determinado em um debate no qual sejam confrontados os argumentos e os pontos de vista em

¹⁰⁴ Apud Hans KÜNG, *Uma ética para a política e a economia mundiais*, p. 178-179. Em agosto/setembro de 1993, 6.500 representantes das mais variadas religiões reunidos em Chicago manifestaram sua concordância em relação a dois princípios éticos universais: “Todo ser humano deve ser tratado humanamente” (dignidade da pessoa humana) e “O que queres que te façam, faze tu também aos outros” (regra de ouro). Hans KÜNG, *op. cit.*, p. 198. A regra de ouro e o princípio da dignidade da pessoa humana podem ser sintetizados em um único princípio fundante dos direitos humanos: “Todo homem deve salvaguardar o caráter de pessoa de todo homem”. Carlos-Ignacio MASSINI, *Filosofia del derecho*, p. 119.

comunidades particulares. A teoria da lei natural exige uma teoria da democracia.¹⁰⁵

8. CONCLUSÃO

Para a dogmática jurídica, o direito subjetivo é um poder subjetivo (objeto do direito) correspondente a X, na medida em que atende a certos requisitos do ordenamento jurídico (titular do direito), imposto por uma norma (fundamento) como dever a Y (titular do dever).

Essa concepção de direito subjetivo não atende às necessidades do conceito de direitos humanos presente na *Declaração Universal*, porque:

a) Os direitos humanos não podem ser concebidos como poderes subjetivos usados contra os demais; essa era a concepção liberal, anti-social dos “direitos do homem”. Os direitos humanos dizem respeito a um tipo de relação que se tem com os outros (justiça), e não um poder a ser exercido sobre eles. Ao passo que a efetivação dos “direitos do homem” burgueses leva ao isolamento do indivíduo em relação aos seus semelhantes, a efetivação dos direitos humanos leva à construção de uma comunidade na qual o bem de todos é condição do bem de cada um. Os direitos da pessoa humana não se opõem à comunidade e ao bem comum, como na visão liberal, mas são o núcleo do bem comum.¹⁰⁶

b) Os direitos humanos são devidos a todo ser humano (justo natural), não sendo um privilégio dos afortunados que vivem em países (ocidentais e ricos) que positivaram esses direitos. A positivação por um legislador tem caráter meramente declaratório, não constitutivo, pois a pessoa humana titular dos direitos humanos não é uma categoria jurídica criada pelo ordenamento jurídico particular como outros titulares de direito (proprietário, credor, locador) e o que é devido a ela, para realizar a sua natureza, não depende do arbítrio do legislador.

c) Para a dogmática jurídica e a teoria do direito que se faz a partir dela, o conceito de “seguir uma regra” é central. Importa determinar o sentido e o alcance de uma regra referida à conduta de um sujeito determinado. Daí a ampla difusão nesse paradigma da teoria da norma (regras e princípios), a hermenêutica e a teoria da argumentação. Trata-se sempre de saber identificar, interpretar e aplicar uma norma. A experiência jurídica é vista de um modo vertical: norma/sujeito do dever. Os direitos humanos subvertem essa lógica, retornando à ética aristotélico-tomista: o centro da experiência jurídica não é a subsunção de um caso a uma norma, mas a *relação entre sujeitos*. Os direitos humanos configuram-se de modo horizontal: pessoa humana/pessoa humana. O que constitui o fenômeno jurídico

¹⁰⁵ Cf. Luis Fernando BARZOTTO, *A democracia na constituição*.

¹⁰⁶ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 242-243.

é a *relação* com o outro, o reconhecimento de sua humanidade e do que lhe é *devido* em virtude de sua humanidade. A norma recebe seu sentido da capacidade dos sujeitos de se reconhecerem mutuamente como pessoas humanas. A pergunta central do pensamento jurídico não é “O que a regra/princípio exige nesse caso?”, mas “O que uma pessoa humana deve ao seu co-humano nesse caso?” Por isso, nos direitos humanos, o titular do dever não se reporta a uma norma para estabelecer o que deve a outro ser humano, mas à sua capacidade de *reconhecimento* do outro como pessoa humana, como co-partícipe da mesma humanidade. Quando os soldados americanos, na Guerra do Iraque, praticaram a tortura em prisioneiros iraquianos, um dos argumentos utilizados para justificar seu comportamento foi o de que eles não teriam tido acesso às convenções internacionais sobre o tratamento de prisioneiros de guerra. Esta é a abordagem clássica da dogmática jurídica. Só há sujeito de dever se há, ao menos, a possibilidade do conhecimento de normas constitutivas do dever. Essa abordagem é completamente inapropriada para os direitos humanos. O dever de não torturar não deriva de uma norma positiva, mas do reconhecimento da humanidade do outro. Aquele que não tem essa capacidade deve ser responsabilizado, não por ter violado um papel imposto pelo ordenamento jurídico positivado (nacional ou internacional), mas por não alcançar aproximar-se humanamente de outra pessoa humana. O reconhecimento do outro como co-humano e do que é devido a ele face à sua dignidade de pessoa, e não o conhecimento/interpretação de normas, constitui o cerne da experiência jurídica e dos direitos humanos.

d) Os direitos humanos prescindem de um fundamento em uma norma jurídica positivada, estando ancorados em princípios universais e necessários da razão prática. Quando MacIntyre admite a existência de direitos “derivados do direito positivo”, concedidos “a classes específicas de indivíduos” mas nega a existência dos direitos humanos, direitos “que pertençam aos seres humanos como tais”,¹⁰⁷ ele assume a postura da dogmática jurídica, que só admite a existência de direitos fundados em normas positivadas. Isso significa que do ponto de vista da dogmática, direitos humanos são ficções. Daí a necessidade, para apreender os direitos humanos, do ponto de vista da Ética. Para Tomás de Aquino, a lei é “ordenada para a salvaguarda comum dos homens, e quanto mais o faz, alcança o vigor e a razão de lei: na medida, porém, em que falte para com isso, não é dotada da força de obrigar”.¹⁰⁸ Uma vez que os direitos humanos expressam as exigências da “salvaguarda comum dos homens”, a relação de fundamentação se inverte: não é o direito positivo que serve de fundamento para os direitos humanos, mas os direitos humanos é que fundamentam o direito

¹⁰⁷ Alasdair MACINTYRE, *Depois da virtude*, p. 126.

¹⁰⁸ ST, I-II, q. 96, a.6.

positivo. A questão não é a de indicar a norma que sustenta a existência dos direitos humanos, mas de determinar em que medida a norma se justifica ou não face aos direitos humanos.

A crítica à dogmática jurídica, no tema dos direitos humanos, deve avançar para além do que foi estabelecido por autores como Roberto Mangabeira Unger. Este convida o jurista a ampliar o horizonte de sua análise, afirmando que “o cidadão, e não o juiz, deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica”.¹⁰⁹ A perspectiva do juiz (como o juiz deve decidir esse caso?) é de fato dominante na dogmática jurídica. Para Unger, a análise jurídica deve assumir-se como política, escolhendo a perspectiva do cidadão, aquele que livremente, determinará seu modo de vida.

O argumento aqui apresentado escolheu um outro ponto de vista para compreender os direitos humanos: a análise jurídica deve ter como interlocutor a pessoa humana como agente moral, capaz de reconhecer a humanidade compartilhada com outrem. Essa perspectiva não tem natureza técnica (dogmática) nem política (cidadão), mas ética (humano). Para entender os direitos humanos, essa perspectiva é central e os cidadãos e juízes, ao enfrentarem temas de direitos humanos, devem orientar seus pontos de vista técnicos e políticos a partir dela.

A partir da argumentação exposta, pode-se esboçar uma definição do direito subjetivo: é o justo (objeto do direito) adequado a X (titular do direito), assumido como dever de justiça por Y (titular do dever), tendo como fundamento a lei (natural ou humana). Por sua vez, o direito humano como direito subjetivo seria assim definido: o direito humano é o justo natural (objeto do direito) correspondente a toda pessoa humana (titular do direito), assumido como dever por todo aquele capaz de fazer-se co-humano de outrem (titular do dever) e fundado na lei natural (fundamento).

Essas definições são o resultado de uma argumentação orientada pelo método dialético em sentido aristotélico. Por esse método, os resultados são sempre provisórios, sujeitos à refutação. A utilização desse método não é, porém, neutra em relação ao que foi discutido neste artigo. O engajamento no debate com outrem pressupõe o reconhecimento da humanidade do interlocutor, ou seja, pressupõe a validade *absoluta* do mesmo princípio utilizado por Francisco de Vitória no estabelecimento do fundamento dos direitos humanos: “Como diz o *Digesto*, a natureza estabeleceu certo parentesco entre os homens (...). Por isso, o homem não é o lobo do homem (*homo homini lupus*) (...), mas o homem é homem para o homem (*homo homini homo*)”.¹¹⁰

¹⁰⁹ Roberto Mangabeira UNGER, *O direito e o futuro da democracia*, p. 141.

¹¹⁰ Francisco de VITÓRIA, *Sobre os índios*, p. 133. Para a estruturação da fórmula de Vitória, antitética à do poeta latino Plauto, tornada célebre por Hobbes, ver Carl SCHMITT, *Il nomos della terra*, p. 109.

BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINHO, Sto. *Da doutrina cristã*. São Paulo: Paulus, 2002.
- ARENDT, Hannah. "Verdade e política" in: ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- . *Ética a Nicômaco*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1999.
- . *Política*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997.
- AQUINO, Tomás de. *Suma de Teologia*. Madri: BAC, 1997 (5 vols).
- . *Comentários à Ética a Nicômaco*. Pamplona: Eunsa, 2000.
- BANKOWSKI, Zenon. *Living lawfully. Love in law and law in love*. Dordrecht: Kluwer, 2001.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- . "Justiça social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito", in: *Direito e Justiça*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, n. 28.
- BEUCHOT, Maurício. *Derechos Humanos*. México: Fontanamara, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- . *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- DUMONT, Louis. *O individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- . *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*, v.1. Madri: Taurus, 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1983.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KÜNG, Hans. *Uma ética global para a política e a economia mundiais*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- KONINGS, Johan. "Raízes bíblicas do humanismo social cristão", in: OSOWSKI, Cecília (org). *Teologia e humanismo social cristão*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Bauru: Edusc, 2003.
- . *Tres versiones rivales de la ética*. Madri: Rialp, 1992.
- MARITAIN, Jacques. *A lei natural e os direitos do homem*. Rio de Janeiro: Agir, 1967.
- MARX, Karl. "A questão judaica", in: MARX, K. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993.
- MASSINI, Carlos-Ignacio. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- . *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falava Zaratustra*. Lisboa: Guimarães Editora, 2000.
- RASSAM, Joseph. *Tomás de Aquino*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Il nomos della terra*. Milão: Adelphi, 1998.
- . "Os três tipos de pensamento jurídico", in: MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad: 2001.
- TAYLOR, Charles. "A política do reconhecimento", in: TAYLOR, C. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Edusp/Itatiaia, 1987.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- . *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- VAZ, Henrique Cláudio. “Pessoa e sociedade no ensinamento de João XXIII”, in: VAZ, H. C. *Escritos de filosofia II*. São Paulo: Loyola, 2002.
- VILLEY, Michel. *La pensée juridique moderne*. Paris, 1975.
- . *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2001.
- . *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: PUF, 1987.
- VITÓRIA, Francisco. *La justicia*. Madri: Tecnos, 2001.
- . *Sobre los indios*. Madri: Tecnos, 1998.
- . *Sobre el poder civil*. Madri: Tecnos, 1998.
- WEBER, Max. “Excurso: teoria de los estadios y direcciones del rechazo religioso del mundo”, in: WEBER, M. *Ensayos sobre sociología de la religión*, vol I. Madri: Taurus, 1992.
- . *Economía y sociedad*. México: Fondo de cultura económica, 1992.