

Os direitos fundamentais não são direitos humanos positivados (e é bom para ambos que assim seja)

- Los derechos fundamentales no son derechos humanos positivos. (y es bueno para los dos hacerlo)
- Fundamental rights are not positive human rights. (and it's good for both of them to do so)

Paola Cantarini Guerra¹

Willis Santiago Guerra Filho²

Resumo: É usual definir os direitos fundamentais como sendo direitos humanos positivados, confundindo-se os dois conceitos, da mesma forma como se costuma confundir os conceitos de dimensões e de gerações de direitos humanos. Metodologicamente, procede-se a uma análise que pretende trazer à luz as principais características dos direitos fundamentais e dos direitos humanos e a diferenciação entre ambos, sob o fundamento principal de que os direitos fundamentais não são direitos humanos positivados (e é bom para ambos que assim seja). Entendemos que tal definição erra duplamente o seu alvo, pois através dela nem os direitos humanos, nem os direitos fundamentais são entendidos devidamente. Haveria, ainda, quem erre, por assim dizer, triplamente, ao fundir as duas categorias em uma só, referida como “direitos humanos fundamentais”. Referida distinção, contudo, é até mesmo, de certa maneira, consagrada de forma expressa no texto constitucional, por força

1 Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutora em Filosofia do Direito pela Università del Salento (Itália). Pós-Doutorado em Ciências Sociais (Sociologia Jurídica) pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal). paolacantarini@gmail.com

2 Doutorado em Direito pela Universidade de Bielefeld. Doutorado e Pós-Doutorado em Filosofia pelo IFCS-UFRJ. Doutorado em Comunicação e Semiótica e em Psicologia (Psicologia Social) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor do Programa de Pós-Graduação da PUC-São Paulo Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. willisguerra@hotmail.com

da Emenda Constitucional de número 45, de 08. 12. 2004, ao acrescentar um quinto parágrafo ao art. 109 da Constituição da República. Ademais, adotando metodologia histórica, ou seja, investigando uma dimensão empírica, aquela da experiência jurídica histórica e diuturnamente acumulada entre os povos, os direitos fundamentais em geral são, ou foram, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas de um Direito interno, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico neste mesmo, dos direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, “direitos morais”, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas de Direito interno. Já no âmbito do próprio direito interno, para melhor atinarmos ao alcance do quanto aqui se propõe, há que se distinguiam direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa. Por outro lado, numa dimensão publicista, não há que se confundirem direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estatura constitucional de um direito fundamental. Além disso, os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se por isso a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los, pois do *status* brotam inúmeras situações jurídicas, tanto subjetivas como objetivas, sendo direitos subjetivos apenas uma das possíveis modalidades, assim como garantias institucionais são outras etc. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Os direitos humanos, por seu turno, estão embasados em muitos aspectos pela incidência de referenciais religiosos, e não unicamente cristãos, embora seja inquestionável a origem cristã do universalismo e da própria ideia de direitos subjetivos. E é a partir deste pano de fundo religioso ou espiritual que se vem afirmando direitos de entes naturais bem como descortina-se a possibilidade de atribuir personalidade jurídica também a entes artificiais já não estamos certos de que se possa dizer estar diante de direitos humanos, mas com certeza será possível considerar que estamos ante direitos fundamentais, que podem ser de novas gerações deles, mas não deixam de integrar a terceira e mais difusa dimensão dentre elas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Figuras afins. Formação histórica.

Resumen: Es habitual definir los derechos fundamentales como derechos humanos positivos, confundiendo los dos conceptos, así como los conceptos de dimensiones y generaciones de derechos humanos a menudo se confunden. Metodológicamente, procedemos a un análisis que apunta a sacar a la luz las características principales de los derechos fundamentales y los derechos humanos y la diferenciación entre ellos sobre la base de que los derechos fundamentales no son derechos humanos positivos (y es bueno que ambos lo hagan). Entendemos que tal definición pierde su objetivo dos veces, porque a través de ella no se comprenden adecuadamente ni los derechos humanos ni los derechos fundamentales. También habría quienes erran, por así decirlo, triplicando al fusionar las dos categorías en una, denominada "derechos humanos fundamentales". Dicha distinción, sin embargo, es incluso, hasta cierto punto, expresamente consagrada en el texto constitucional, en virtud de la Enmienda Constitucional número 45 del 12/08/2004, al agregar un quinto párrafo al art. 109 de la Constitución de la República.

Además, con adoptar una metodología histórica, es decir, de investigar en la dimensión empírica, aquella de la experiencia jurídica histórica y cotidiana acumulada entre los pueblos, los derechos fundamentales en general son o fueron originalmente derechos humanos. Sin embargo, al establecer un corte epistemológico, para estudiar los derechos fundamentales sincrónicamente, debemos distinguirlos como manifestaciones positivas del derecho interno, con la capacidad de producir efectos legales sobre los mismos derechos humanos como pautas ético-políticas. Los "derechos morales", situados en una dimensión supra-positiva, deóticamente diferentes de aquellos en los que se sitúan las normas legales del derecho interno. Ya dentro del alcance de la legislación nacional, para comprender mejor el alcance de lo que se propone aquí, es necesario distinguir los derechos fundamentales de los "derechos de personalidad", porque estos derechos se manifiestan en una dimensión privatista, donde los derechos también se manifiestan. fundamental, pero indirectamente, reflexivamente. Por otro lado, en una dimensión publicista, no es necesario confundir los derechos fundamentales con los "derechos subjetivos públicos", ya que si los primeros son derechos que los sujetos disfrutan ante el Estado, siendo, en este sentido, derechos subjetivos públicos, no existe una relación bidireccional, ya que no todos los derechos subjetivos públicos son correctos con la estatura constitucional de un derecho fundamental. Además, los derechos fundamentales no solo tienen una dimensión subjetiva, sino también una dimensión objetiva, desde la cual hablar de su "doble carácter", por lo que defienden la figura de estatus como más apropiada que la de la ley subjetiva. categorizarlos, porque del estado brotan innumerables situaciones legales, tanto subjetivas como objetivas, siendo los derechos subjetivos

solo una de las modalidades posibles, así como las garantías institucionales son otras. La dimensión objetiva es que donde los derechos fundamentales son vistos como principios conformes de la forma en que el estado que los consagra debe ser organizado y actuar. Los derechos humanos, a su vez, se basan en muchos aspectos en la incidencia de referencias religiosas más que cristianas, aunque el origen cristiano del universalismo y la idea misma de los derechos subjetivos es incuestionable. Y es a partir de este trasfondo religioso o espiritual que se están afirmando los derechos de los seres naturales, así como la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a los artificiales también. Ya no estamos seguros de que se pueda decir que está frente a los derechos humanos. Ciertamente será posible considerar que nos enfrentamos a derechos fundamentales, que pueden ser de las nuevas generaciones, pero que, sin embargo, son parte de la tercera y más difusa dimensión entre ellos.

Palabras clave: Derechos humanos. Derechos fundamentales Figuras relacionadas Formación histórica

Abstract: It is usual to define fundamental rights as positive human rights, confusing the two concepts, just as the concepts of dimensions and generations of human rights are often confused. Methodologically, we proceed to an analysis that aims to bring to light the main features of fundamental rights and human rights and the differentiation between them on the main ground that fundamental rights are not positive human rights (and it is good for both of them to do so). We understand that such a definition misses its target twice, because through it neither human rights nor fundamental rights are properly understood. There would also be those who err, as it were, triple by merging the two categories into one, referred to as "fundamental human rights". Such distinction, however, is even, to a certain extent, expressly enshrined in the constitutional text, by virtue of Constitutional Amendment number 45 of 12/08/2004, by adding a fifth paragraph to art. 109 of the Constitution of the Republic. Moreover, adopting historical methodology, that is, investigating the empirical dimension, the point of view of historical and daily accumulated legal experience among peoples, fundamental rights in general are or were originally human rights. However, in establishing an epistemological cut, to study fundamental rights synchronously, we must distinguish them as positive manifestations of domestic law, with the ability to produce legal effects on the same, human rights as ethical-political guidelines, "Moral rights", situated in a supra-positive dimension, deontically different from that in which the legal norms of domestic law are situated. Already within the scope of domestic

law, to better understand the scope of what is proposed here, it is necessary to distinguish fundamental rights from “personality rights”, because these rights are manifested in a privatist dimension, where the rights also manifest themselves. fundamental, but indirectly, reflexively. On the other hand, in a publicist dimension, it is not necessary to confuse fundamental rights with “public subjective rights”, since if the former are rights that the subjects enjoy before the State, being, in this sense, public subjective rights, there is no a two-way relationship, since not every public subjective right is right with the constitutional stature of a fundamental right. In addition, fundamental rights have not only a subjective dimension, but also an objective dimension, from which to speak of their “double character”, thus advocating the status figure as more appropriate than that of subjective law. categorize them, because from the status sprout innumerable legal situations, both subjective and objective, being subjective rights only one of the possible modalities, as well as institutional guarantees are others. The objective dimension is that where fundamental rights are seen as conforming principles of the way the state that consecrates them must be organized and act. Human rights, in turn, are based in many respects on the incidence of religious rather than solely Christian references, although the Christian origin of universalism and the very idea of subjective rights is unquestionable. And it is from this religious or spiritual background that the rights of natural beings are being affirmed, as well as the possibility of attributing legal personality to artificial ones as well. We are no longer certain that it can be said to be in the face of human rights. It will certainly be possible to consider that we are facing fundamental rights, which may be of new generations of them, but they are nonetheless part of the third and most diffuse dimension among them

Keywords: Human rights. Fundamental rights. Related figures. Historical formation.

Sumário:

Introdução

1. A identificação entre direitos humanos e direitos fundamentais em questão.
2. Situando historicamente a questão.
3. Outras distinções necessárias.

Conclusão

Introdução

A construção duma ideia de direitos humanos perpassa por diversos períodos da história da humanidade e, mais precipuamente, nos dois últimos séculos ganharam relevo fundamental na fomentação de paradigmas basilares dos Estados Modernos, como igualmente encontram respaldo em sua forma internacionalizada, isto é, nas relações entre tais Estados.

É usual que se defina os direitos fundamentais como sendo direitos humanos positivados. Entendemos que tal definição erra duplamente o seu alvo, pois através dela nem os direitos humanos, nem os direitos fundamentais são entendidos devidamente. Haveria, ainda, quem erre, por assim dizer, triplamente, ao fundir as duas categorias em uma só, referida como “direitos humanos fundamentais”. Já de há muito que temos nos ocupado do tema, tendo mesmo um de nós editado obra cujo título mesmo está comprometido com tal distinção (GUERRA FILHO, 1997).

E não se pense que haveria aí uma espécie de preciosismo, uma mera esgrima com palavras, sem qualquer consequência prática, pois há argumentos de ordem inclusive dogmática ou dogmatológica para sustentar a distinção a que ora nos voltamos uma vez mais. A reforma constitucional do Poder Judiciário, ocorrida em nosso País, por força da Emenda Constitucional de número 45, de 08.12.2004, de certa maneira, consagra esta distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos ao acrescentar um quinto parágrafo ao art. 109 da Constituição da República, referindo a possibilidade de um incidente de deslocamento de competência para Justiça Federal em causa na qual o Procurador-Geral da República, considerando haver grave violação de direitos humanos, *verbis* “com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”. Nota-se, aí, a característica dos direitos humanos de terem uma vocação universalista, internacional, ao contrário dos direitos fundamentais, assentados em uma ordem jurídica interna. E direitos fundamentais não podem ser direitos humanos positivados, pois se assim todas as questões atinentes a eles, por serem também questões de direitos humanos, teriam a competência deslocada para a justiça Federal, por força da norma que se vem de transcrever.

1. A identificação entre direitos humanos e direitos fundamentais em questão.

É certo que de um ponto de vista histórico, ou seja, em dimensão que

se pode definir como empírica, aquela da experiência jurídica histórica e diuturnamente acumulada entre os povos, os direitos fundamentais em geral são, ou foram, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas de um Direito interno, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico neste mesmo, dos direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, “direitos morais” (RUÍZ MIGUEL, 1990; ROBLES 1992; PRIETO, 1994; VILLALON, 1994), situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas de Direito interno, sem com isso perderem sua validade, a que podem vir a adquirir nacional ou internacionalmente (MÜLLER, 1990; PEREZ LUÑO, 1991; ROIG, 1994; HÄBERLE, 1994; COMPARATO, 1996).

Note-se, portanto, que os direitos humanos também são positivos, positivados, originalmente num plano supra-positivo, depois naquele internacional, na ordem jurídica internacional, e daí penetrando também ordens jurídicas nacionais, sem que se possa dizer que já o estejam de maneira exauriente em um plano positivo qualquer, nacional ou internacional, pois a discussão sobre sua definição e consagração está sempre em andamento, bastando que nos recordemos da divergência entre universalistas e comunitaristas ou multiculturalistas sobre o que seriam, afinal, os direitos humanos, ou seja, se apenas aqueles que seriam reconhecidos por todos, sendo este reconhecimento geral e universal mais pressuposto do que efetivamente existente, ou se, antes, não seriam marcados pela diversidade de culturas e sociedades humanas, à qual corresponderia também uma diversidade de concepções sobre os direitos humanos.³ Se tais discussões não deixam de repercutir no modo como se interpreta, para aplicá-los, os direitos fundamentais, no plano interno, ou os direitos humanos, internalizados, não depende de sua resolução a constatação de quais seriam tais direitos, pois há critérios dogmáticos a orientá-la.

Para os adeptos da primeira corrente, a mais antiga e tradicional, a universalista, os direitos humanos seriam os mesmos para todo o gênero humano, enquanto na outra concepção tal postura seria típica do etnocentrismo ocidental, de cunho colonialista e machista, pois não se poderia desconsiderar diferenças culturais e de gênero para conceituar adequadamente tais direitos. Costas Douzinas (2011, p. 8-9), com o viés crítico que lhe é característico, aponta que “O universalismo e o comunitarismo, ao invés de serem adversários, são dois tipos de humanismo dependentes um do outro”. Isso porque “ambas as posições exemplificam, talvez de formas diferentes, o de-

3 Sobre o multiculturalismo cf., v.g., CANTARINI, Paola. *Direito, Sociedade e Cultura*, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018, p. 87 e 153.

sejo metafísico contemporâneo: eles tomaram uma decisão axiomática em relação àquilo que constitui a essência da humanidade e a seguem com um teimoso desrespeito aos argumentos contrários”.

Os direitos humanos, efetivamente, na concepção ocidental – e esta é uma noção tipicamente ocidental, marcada como é pelo cristianismo –, são direitos que se atribui a todos os seres humanos pela mera circunstância de serem constituídos como tal, humanamente, donde serem compreendidos como dotados de validade universal (SYNEK, 2017, p. 786).

2. Situando historicamente a questão

A Modernidade colocou fim aos diversos matizes de “direitos” que fundamentaram a Idade Média e ainda trouxe a separação entre o mundo religioso e o mundo profano, o direito canônico e o direito do Estado – a qual ainda veríamos na divisão clássica ocidentalizada que ainda hoje nos alcança, entre direito público e privado –, o que não significa, doutra via, o completo abandono das influências do modelo religioso nas formas de apreensão estatais.

Do modelo contratualista e das formas liberais de pensamento filosófico, vemos que a presença da religião encontra guarida nas relações estabelecidas entre o direito, a política e a sociedade. John Locke atribui o direito de propriedade à liberdade conferida por Deus, enquanto que Thomas Hobbes, em seu clássico “Leviatã”, inscreve como subtítulo “Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil”, denotando que, embora separados, o religioso e o profano permanecem ligados – até por uma das possíveis origens etimológicas do termo “religião”, de *religare*.

As relações humanas e sociais estão permeadas pela religião e isso se reflete no direito e na edificação de doutrinas, legislações, tratados e abordagens de vertentes humanísticas que promovem, associadas aos ramos da filosofia, que integram as relações do homem em sociedade visando o bem comum da humanidade, na tentativa de defesa das minorias em toda a sociedade.

Não é por menos que os direitos humanos estão embasados em muitos aspectos pela incidência desses referenciais religiosos, não unicamente cristãos – ainda que para nós, num mundo pautado nas forças eurocêntricas ocidentais, a presença do cristianismo, seja pelo catolicismo ou pelas demais vertentes, se faça presente de maneira mais visível –, imprimindo, doutro ângulo, pontos que ao privilegiar o cuidado e tentar assegurar a dignidade premente ao homem, se coadunam com os dogmas religiosos que atuam nas sociedades do Século XXI.

Obviamente, com a derrocada dos regimes totalitários e o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, houve uma nova possibilidade de abertura

para discussões sobre o alcance e a necessidade dos direitos humanos não apenas enquanto “letra fria da lei”, mas que igualmente fossem efetivados como forma de se garantir a prevalência da humanidade acima de qualquer outro interesse.

Esse fator é de salutar importância em nosso meio, vez que foi nos campos de concentração que encontramos o ápice da barbárie, onde o homem perdeu seu estatuto de ser humano e foi rebaixado ao inumano; onde judeus, ciganos, homossexuais e outras minorias foram dizimadas em nome de um ideal que não contemplava a humanidade, pelo contrário, colocando-a em xeque frente ao próprio homem.

Se os judeus foram as maiores vítimas desse período, por certo o impacto não se limitou a eles. Toda a sociedade global foi abalada e o homem chegou a uma encruzilhada de sua existência, em que somente uma resposta seria possível de ser dada: seria necessário repensar o papel desempenhado pelo ser humano em sua passagem pela terra e, por conseguinte, em como o direito foi capaz de propiciar que regimes totalitários pudessem maquinar o que foi realizado.

Percebe-se, pois, como os direitos humanos são inseridos numa ótica de prevalência dessa necessária resposta, isto é, de colocar o direito a serviço da humanidade, não contrário a ela. A isto, sem dúvida, a religião auxiliou e ainda há de nos auxiliar, como de último vem reconhecendo um autor com a importância de um Habermas,⁴ mantendo papel fundamental a desempenhar na função de salvaguardar o homem em sua essência de homem, enquanto ser de relação, a depender sempre de um outro já humano que com ele se solidarize a para solidarizar-se a fim de assim ir se tornando crescentemente humano, logo, algo indispensável para que os direitos humanos pudessem se estabelecer em nossas sociedades e venham a se apresentar com sua necessária efetividade.

Enquanto as declarações norte-americanas de fins do século XVIII referiram-se a “rights”, ou seja, direitos “inerentes”, “natos” e, portanto, “naturais”, aquela francesa, pouco posterior, porém mais influente internacionalmente – e, de todo modo, de inspiração filosófica comum, iluminista -, como é sabido, proclamou “direitos do homem e do cidadão”. Já a assembleia constituinte reunida na Igreja de São Paulo, em Frankfurt am Main, na Alemanha, no período de 1848/49, introduziu o conceito de “direitos fundamentais”. Em todas se pode notar uma inovação terminológica, marcando a ultrapassagem do Estado absolutista e de polícia, em direção ao Estado de Direito, pois anterior-

4 Cf., sobre a valorização da religião no desenvolvimento mais recente do pensamento de Habermas, os inúmeros textos contidos em sua obra *Nachmetaphysisches Denken II*, Frankfurt am main: Suhrkamp, 2012.

mente se empregavam expressões como “direitos gerais”, “direitos dos súditos”, “liberdades públicas” ou “direitos civis e políticos”. Trata-se de um processo de universalização crescente, que prosseguirá mesmo depois de afirmados os direitos humanos como vinculados ao ideário revolucionário de realização da liberdade, igualdade e fraternidade, em gerações sucessivas, em que cada um desses valores é mais decididamente enfatizado (BONAVIDES, 1990/1991)

Isso até se chegar ao estágio atual, em que se busca harmonizar as três (ou mais, que porventura se defenda ou constate) gerações em três dimensões, que se condicionam reciprocamente, compatibilizando democraticamente liberdade (ou liberalismo) com igualdade (ou socialismo) e com fraternidade (ou solidariedade), todos em torno do respeito à dignidade humana.

A polêmica a respeito da possibilidade de que já se encontrasse presente na Antiguidade, assim como em sociedades arcaicas, alguma concepção embrionária de direitos humanos permanecerá provavelmente para sempre em aberto. Elementos que compõem o conceito certamente se encontram com facilidade em toda forma de organização social. Tendo emergido, porém, uma consciência maior a seu respeito no chamado, pelo filósofo alemão do século passado Karl Jaspers, do “período axial”, quando simultaneamente e sem contato entre si propalam mensagens de forte conteúdo humanista por personalidades como o Buda Gautama Sidarta, na Índia, Lao Tsé e Confúcio, na China, os profetas hebreus ou Sócrates, na Grécia.

Não obstante, é indubitável que merece destaque a contribuição greco-romana, assim como aquela de civilizações que estiveram em contato direto ou indireto com esta, que é a matriz da sociedade mundial surgida a partir do Ocidente, como é o caso daquela judaica, mas em nenhuma se afirmará uma nota essencial distintiva, introduzida pelo cristianismo, sob influência paulina: a universalidade.⁵ Como formulou Oestereich (1978, p.18), de maneira lapidar, com relação a tais contribuições, “apesar de todas as manifestações sobre liberdade e igualdade, sobre a dignidade humana e o respeito às pessoas, não se trata de postulações de direitos invioláveis para todas as pessoas”, ou seja, indistintamente, para além de sua posição na ordem sociopolítica. É que, na explicação de Badiou, no cristianismo a concepção de ressurreição implica em uma re-sujeição a um Deus que se sujeitou a se tornar humano, viver e morrer como tal, superando tais limites e, assim, oferecendo um exemplo do que seria o primeiro sujeito humano universal, paradigma de e para todos os demais, sem distinção de ordem política ou econômica, donde o seu caráter revolucionário.

5 BADIOU, Alain. *Saint Paul: The Foundation of Universalism*, trad. Ray Brassier, Stanford: Stanford University Press, 2003.

A própria ideia de “direito”, em sentido subjetivo, distinto do Direito em sentido objetivo, que é o conjunto das normas jurídicas - distinção que, por exemplo, em inglês se faz claramente na linguagem comum, quando se fala em “rights”, para designar o direito no primeiro sentido e em “Law” para referir o segundo -, apesar de aparentemente nos remeter às origens romanas de nossa concepção jurídica, no antigo Direito romano o *jus*, enquanto *id quod justum est*, quando atribuído a um cidadão, assumia a feição de um *jus suum cuique tribuendum*. Tratava-se, portanto, de uma parte que lhe cabia no conjunto dos benefícios gerados pela comunidade, sendo antes uma relação de seu titular com esta comunidade, globalmente considerada, do que uma vinculação com outras pessoas, tal como veio a ser modernamente concebida. Buscando uma expressão “à maneira dos sociólogos contemporâneos”, escreve a propósito Michel Villey (1977, p. 120) “o direito era uma função social”, na medida em que sua fruição era acompanhada de encargos e obrigações para com a coletividade e a “coisa comum”, a *res publica*. Daí que a atribuição de uma função social a direitos subjetivos, ocorrida já em tempos mais recentes, em pleno século XX, nada mais é do que uma manifestação de retorno ao que precedeu a esta figura tipicamente moderna, fundadora da modernidade, pode-se mesmo dizer, enquanto época centrada na subjetividade humana. Por outro lado, embora a expressão “direito subjetivo” só tenha sido cunhada no século XIX, no âmbito da Escola Pandectística alemã - enquanto conjunção de um poder (*Macht* - isto é, mais que uma simples concessão, um *dürfen*, mas um *können*, donde se falar também de *Kannrechte*, “direitos potestativos”) e uma vontade (*Wollen*), resultando, portanto, em uma *Willensmacht*, um poder de vontade do sujeito -, havia na Roma antiga noções similares à de direitos subjetivos, como a de *dominium*, que era o poder conferido aos indivíduos para disporem de uma dada quantidade de riqueza, impondo aos demais o respeito a esse poder, e também a de *imperium*, o qual era um poder em que se era investido por exercer um *munus* público.

De fato, só modernamente passa-se a enfatizar o aspecto permissivo da normatividade, a esfera de liberdade que transcende os limites impostos pelas proibições morais e religiosas, a *licentia laica*. Já Hobbes, por exemplo, apontava o caráter insustentável de uma situação em que todos dispunham livremente de uma faculdade de tudo fazer, de um *jus omnium in omnia*, donde decorreria para ele, como é sabido, a necessidade de se impor limites, com o respaldo em um poder com supremacia e reconhecimento social - o Estado civil -, a fim de garantir e efetivar direitos individuais, os poderes dos indivíduos, que são seus direitos subjetivos. Antes do “positivismo contratual” hobbesiano, contudo, foi o nominalismo medieval que tornou possível o aparecimento da noção propriamente dita de um direito como atributo de um

sujeito, que o torna direito seu, propriedade exclusiva do indivíduo, a qual lhe é inerente. Tal noção já se encontra entre nominalistas “parisienses” como Gerson (1363-1429), no século XV, bem como em juristas-teólogos espanhóis da “segunda escolástica”, a exemplo dos “regicidas”, dominicanos como Francisco de Vitória, o líder da chamada Escola de Salamanca, seu discípulo Domingo de Soto, juntamente com seu amigo, jurista, Fernando Vázquez de Menchaca e de jesuítas como Luis de Molina, bem como o grande Francisco Suárez. Sua origem mais remota, contudo, estaria no pensamento de Guilherme de Ockham, como argumenta o referido Villey (1969).

Em sua célebre defesa de sua Ordem, na influente “querela da pobreza franciscana”, frente ao Papa João XXII, Ockham vai argumentar que não se considere o jus apenas como a quota de bens que nos cabe, por determinação do direito positivo ou natural, a qual podemos reivindicar perante tribunais, já que temos para isso uma *potestas vindicandi*, pois esse é o *jus fori*, nascido ex *pactione*, convencionalmente, do direito positivo humano, havendo também o que já Agostinho denominou *jus poli* (embora se referindo ao sentido objetivo do Direito), o qual é a permissão ou faculdade que nos vem do céu (*polus*), da natureza pela razão e do direito positivo verdadeiramente divino para usarmos os bens com despojamento, sem ser por eles possuídos, abdicando mesmo de sua defesa perante tribunais, como preconizou Jesus Cristo. É essa posse a título precário, permitida pelo verdadeiro proprietário – no caso, Deus -, que os franciscanos teriam, individual e coletivamente, enquanto ordem: um direito em sentido moral, mas não naquele propriamente jurídico. Eis que em Ockham o ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus, que se caracteriza por sua onipotência e liberdade absoluta, será ele também dotado de potestades (“dignidades”) e liberdade, que se traduzirão em um complexo de direitos subjetivos, o novo fundamento do Direito (objetivo). “É aqui”, comenta o jurista e filósofo francês de último referido, “que Guilherme de Ockham teve a oportunidade de definir explicitamente o direito subjetivo e ser, provavelmente, o primeiro, a edificar sua teoria” (VILLEY, 1969, p. 158).

Do ponto de vista institucional, para a “afirmação histórica dos direitos humanos”, como refere o título da conhecida (e importante) obra de Fábio Konder Comparato, é inegável a relevância das chamadas “cartas de liberdades”, dentre as quais a mais conhecida é aquela inglesa, assinada pelo Rei João Sem Terra, em 15.06.1215, concedendo o que melhor se qualificaria como privilégios a quem se situava posicionado nos estamentos nobiliárquicos de então. Naquela carta, chamada “Magna Charta Libertatis”, encontra-se concedida uma garantia judicial que servirá de modelo para as demais que a partir dela se desdobrarão, a saber, o *Habeas Corpus*. Vale lembrar que em diversos outros reinos, na época, foram promulgadas cartas similares, havendo mesmo a

precedência daquela de Leon, na Espanha, em 1188. Direitos, propriamente, com a universalidade que lhes é característica, no entanto, só seriam declarados em decorrências das chamadas “revoluções burguesas”, na modernidade. Aqui merece referência, além daquelas já feitas, aos movimentos norte-americano e francês, ao antecedente inglês, o movimento dos “*Leveller*”, que resultou na “*glorious revolution*” e a “*petition of rights*”, de 07.06.1628, contendo, dentre outras garantias, a de limites à tributação sem autorização do parlamento, em reação a medidas tomadas por Charles I. Em 16.12.1689 o parlamento inglês, reagindo a desmandos de James II, introduz tais precedentes na forma legislativa (*statutory*) do chamado “*Bill of Rights*”.

3. Outras distinções necessárias

Já no âmbito do próprio direito interno, para melhor atinarmos ao alcance do quanto aqui se propõe, há que se distinguiem direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos.⁶ Já numa dimensão publicista, não há que se confundirem direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estatura constitucional de um direito fundamental. Além disso - e o que é mais importante -, como aprendemos ao estudar direito constitucional alemão (HESSE, 1984 – 20. ed. 1995), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se por isso a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los, pois do *status* brotam inúmeras situações jurídicas, tanto subjetivas como objetivas, sendo direitos subjetivos apenas uma das possíveis modalidades, assim como garantias institucionais são outras etc. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Essa circunstância leva a que se destaque um aspecto “processual-procedimental” na

6 Cf. MORILLO, Joaquín García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanc, 1994, p. 195; GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1986; e, na literatura jurídica pátria, com apoio na doutrina italiana, CRUZ, J. R. Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993, p. 30.

conexão do conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais, como o faz Böckenförde, (1993), além de seu conteúdo jurídico-subjetivo,⁷ que a partir de postura menos “legalista” e mais “constitucionalista” (no sentido que Böckenförde atribui às expressões e que seria próxima daquele que entre nós se consagrará como “neoconstitucionalista”), procura sistematizar os conteúdos objetivos dos direitos fundamentais a partir da formação de três grupos de casos, a saber, aqueles em que se tem (a) efeitos de irradiação (*Drittwirkungen*), (b) organizações e procedimentos, com participação (*Teilhabe*) e prestações (*Leistungen*), (c) deveres de proteção. Enquanto situação jurídica subjetiva o status seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde “brotam” as demais, condicionando-as, merecendo destaque aquelas dos direitos públicos subjetivos, que se exercem perante o Estado, diretamente, e também as diversas formas de garantias, sejam aquelas processuais, consagradas na forma de ações, como a de habeas corpus, o exemplo paradigmático, conforme referido, sejam aquelas ditas “garantias institucionais”, que visam proteger e configurar instituições públicas das quais depende a defesa e efetivação de direitos. , como É o caso, por exemplo, do Poder Judiciário e demais poderes estatais, das quais se deve distinguir as chamadas “garantias de institutos”, situadas antes na ordem social, como são a família, a educação ou a imprensa (GUERRA FILHO, 2017).

Conclusão

Por fim, como outro de nós em nós é como podemos conceber a natureza, à qual, antes de reconhecermos e louvamos como a fonte de nossa vida, somos comumente levados a rejeitar, enquanto responsável pela fragilidade e impermanência de nossa constituição. É que a essa natureza, que somos nós mesmos, se há de buscar proteção jurídica, e para tanto há de se defender tese como aquela, ousada e rica de consequências, cuja formulação inicial, ao que tudo indica, deve-se ao norte-americano Christopher Stone, em artigo publicado em 1972 no *Southern California Law Review*, intitulado, sugestivamente, “*Should trees have standing? Toward legal right for natural objects*”, no sentido, portanto, de que se reconheça o direito de ação às árvores.⁸ Como se percebe, pelo próprio enunciado do título do trabalho, pretende-se ali o reconhecimento da legitimidade para agir a entes naturais, para a defesa

7 Uma concepção mais ampla é aquela de DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte*. Hannover: Hennes & Zinkeisen, 1993, esp. p. 42.

8 Stone ampliou sua exposição na forma de livro – cf. STONE, Christopher, *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*, 3. ed., Nova York: Oxford university Press, 2010. Uma valorização filosófica promovida em data recente das plantas, digna de nota, é aquela de COCCIA, Emanuele. *La vie des plantes*, Paris: Payot, 2013.

de direitos que seriam atribuídos a eles diretamente, embora, é certo, desde que devidamente representados em juízo. A ideia central é a de que, sendo o meio ambiente o verdadeiro titular dos interesses em conflito, esses se tornam indisponíveis, e ele mesmo deve ser o beneficiário das condenações infligidas a poluidores e depredadores, favorecendo, assim, a garantia das condições vitais necessárias à efetivação de quaisquer outros direitos. Nesta mesma linha é que se vem defendendo “direitos de animais”, mais recentemente no contexto do movimento de liberação dos animais ou *Animal Liberation*, que tem no livro com este título, publicado em 1975 pelo australiano Peter Singer, um de seus textos canônicos, estando nosso direito positivo se encaminhando para o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos, enquanto em outras paragens já houve tal reconhecimento para rios. Um modo de viver mais plenamente humano se revela no viver e conviver em comunidade com todos os demais seres, de forma integrada e relacional. Viver em plenitude é a resposta que se encontra no direito desde que foram promulgadas constituições sob a perspectiva de um novo constitucionalismo, dito democrático, (ibero-)latino-americano. Novas constituições da América do Sul, especialmente Equador e Bolívia, pautaram sua ordenação da vida em sociedade sob o “paradigma ancestral comunitário”. Denominaram essa vida em plenitude como *vivir bien* ou *buen vivir*, traduzido da língua originária da Nação Quechua, que se refere a “*sumak kawsay*”, equivalente ao “*teko kavi*” da Nação Guarani, reconhecendo a natureza como uma entidade materna, Pachamama, em quíchua, deidade máxima dos povos andinos, a merecer a proteção do Estado, como da sociedade em geral.

A casa comum da comunidade ecológica veio recentemente a ser reformada em seus conceitos também na Carta Encíclica do Papa Francisco *Laudato si*, de 24.05.2015. O sentido de tomar posse da terra ordenado por Deus na Bíblia (Gênesis, 1:28) vem agora entendido como tomar posse daquilo que é comum para que seja cuidado em nome na comunidade ecológica, significando tomar posse da responsabilidade que se possui em relação a quem pertence a tal comunidade, da qual ela e todos dependemos. Essa é a teo-ecologia integral do Papa Francisco que prega o reviver de uma comunidade ecológica.

De último,⁹ vem se discutindo no âmbito da Comissão Europeia de Direitos Humanos a possibilidade, em virtude de necessidades novas que vêm se apresentando, de reconhecer personalidade jurídica também a artefatos eletrônicos, dotados de inteligência artificial, os robôs, para fins de atribuição, por exemplo, de obrigações tributárias (segundo proposta da Deputada no Parlamento Europeu Mady Delvaux), e se tiverem obrigações, por que então

9 Cf. matéria de 12 de janeiro de 2017 no The Guardian, disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/12/give-robots-personhood-status-eu-committee-argues>>. Acesso em: 29 set.2019.

não haveriam de ter também direitos? Em face de direitos de entes naturais e de entes artificiais já não estamos certos de que se possa dizer estar diante de direitos humanos, mas com certeza será possível considerar que estamos ante direitos fundamentais, que podem ser de novas gerações deles, mas não deixam de integrar a terceira e mais difusa dimensão dentre elas.

Arrematando, então, a postulação aqui apresentada, valeria recorrer à teoria dos conjuntos, para esclarecermos ainda mais a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, enquanto conjuntos diversos, ainda que se interseccionem, sendo que há uma pluralidade de tais conjuntos, tanto de direitos humanos como de direitos fundamentais. Sim, pois aqui foi feita uma análise do conceito de direitos humanos que nos permitiu distinguir entre aqueles já consagrados positivamente em tratados internacionais e em consequência disso também no plano interno, de outros que seriam postulados como mercedores de reconhecimento, de acordo com ideologias e concepções éticas ou culturais as mais diversas. Seria, portanto, o “conjunto dos conjuntos” dos direitos humanos um conjunto que se caracteriza, em teoria dos conjuntos e, mais especificamente, em topologia matemática como sendo um “conjunto aberto”, sendo um exemplo o conjunto dos números reais, composto por elementos de número indefinido, infinitos, apesar de definíveis. Já os direitos fundamentais compõem conjuntos formados por aqueles que se encontram consagrados em ordens jurídicas nacionais ou supranacionais, mas de qualquer modo com sua validade delimitada espaço-temporalmente. São conjuntos fechados, portanto, cujos elementos se encontram definidos. Não é correto deixar de reconhecer, como integrante de dado conjunto de direitos fundamentais, algum direito que não encontre correspondente em algum outro conjunto de direitos humanos, que não seja, assim, um “direito humano positivado”, sendo um exemplo que de imediato nos ocorre aquele de direito fundamental, consagrado nos EUA constitucionalmente, como há de ser para atender à sua definição, que é o de portar armas, do qual se pode duvidar sob qualquer ponto de vista que possa vir a ser considerado um dos direitos humanos, se estes, tal como os direitos fundamentais de ordens jurídicas alinhadas com um modelo que vem se proliferando desde o segundo pós-guerra, venham a ser definidos em função de seu vínculo originário com a dignidade humana, isto é, com o respeito de outros sujeitos enquanto tais, nunca como objetos. Se o direito a portar armas é indubitavelmente um direito fundamental nos EUA, mas dificilmente alcançaria um reconhecimento como direito humano, o caso oposto é o do direito a buscar a felicidade (*the right to pursuit happiness*), positivado também nos EUA, o qual em geral não se titubearia em identificar como um direito humano, mas de positividade muito rara, enquanto direito fundamental. A relação entre tais conjuntos, o(s)

dos direitos humanos e o(s) dos direitos fundamentais não é biunívoca, como definido em teoria dos conjuntos, não cabendo, então, dizer que direitos fundamentais são direitos humanos positivados, *quod erat demonstrandum*.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004

AGAMBEN, Giorgio. BADIOU, Alain. *Saint Paul: The Foundation of Universalism*, trad. Ray Brassier, Stanford: Stanford University Press, 2003.

BÖCKENFÖRDE, E.W. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. J. L. R. PÁGES; I. V. MENÉNDEZ. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais, In: Nomos. *Revista do Curso de Mestrado da UFC*, ns. 9/10, Fortaleza: Imprensa Universitária, 1990/1991.

CANTARINI, Paola. *Direito, sociedade e cultura*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

COCCIA, Emanuele. *La vie des plantes*, Paris: Payot, 2013.

CRUZ, J. R. Gomes da *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

DOUZINAS, Costas. *O Paradoxo dos Direitos Humanos*, Tradução: Caius Brandão, In: Anuário do Grupo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás, v. 1, n. 2, Goiânia: UFG, 2011.

DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte*. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.

GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madri: Civitas, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (ed.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 7. ed., São Paulo: SRS, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5. ed., São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Conhecimento Imaginário do Direito*, Curitiba: Prismas, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O poliedro do pensamento e das ocupações humanas fundamentais (ênfatisando o direito, a erótica e a filosofia), In: GUERRA FILHO, W. S. et al. (Orgs.), *Estudos do Imaginário Jurídico*, v. II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por um Conhecimento Imaginário do Direito, In: FRANCA FILHO, M. et. al. (Orgs.), *Antimanual de Direito & Arte*, São Paulo: Saraiva, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed., col. Henrique Garbellini Carnio, São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. *Teoria Poética do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HÄBERLE, Peter. El concepto de derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundametales*. Trad. María José Fariñas, José M.ª Sauca (ed.). Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid - Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.

HÄBERLE, Peter. *Nachmetaphysisches Denken II*, Frankfurt am main: Suhrkamp, 2012.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1984 (20. ed. 1995).

OESTREICH, Gerhard. *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im*

Umriiss, 2. ed., Berlim: Duncker & Humblot, 1978.

MATÉRIA. 12 de janeiro de 2017 no The Guardian. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/12/give-robots-personhood-status-eu-committee-argues>>. Acesso em 10.08.2019.

MORILLO, Joaquín García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanc, 1994.

MÜLLER, F. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtssdogmatik*. 2. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1990.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 4. ed. Madri: Tecnos, 1991.

PRIETO, Luis. Nota sobre el concepto de derechos fundamentales. In: *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. JOSÉ M.^a SAUCA (ed.). Madri: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid - Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.

ROIG, Rafael de Asís. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madri: Debate, 1994.

RUÍZ MIGUEL, A. Los derechos humanos como derechos morales. In: *Anuario de Derechos humanos*, n. 6. Madri: Universidad Complutense, 1990;

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madri: Civitas, 1992.

STONE, Christopher. *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*, 3. ed., Nova York: Oxford university Press, 2010.

SYNEK, Eva M. Menschenrechte/Freiheitsrechte. In: FIGL, Johann (Ed.), *Handbuch Religionswissenschaft: Religionen und ihre Zentrale Themen*, 2. ed., Innsbruck/Viena: Tyrolia Verlag, 2017.

THE GUARDIAN. Matéria de 12 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/12/give-robots-personhood-status-eu-committee-argues>>. Acesso em: 29 set. 2019.

VILLALON, Pedro Cruz. Concepto de derecho fundamental: identidad, status, caracter. *In: Problemas actuales de los derechos fundamentales*. José M.^a Sauca (ed.). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III de Madrid - Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1994.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Atlas, 1977.

VILLEY, Michel. *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 1969.

Recebido em: 29 de agosto de 2019.

Apreovado em: 30 de setembro de 2019.